Die Aufrechnungslage

nach heutigem und römischem Recht.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

der Juristischen Fakultät der Universität zu Breslau

vorgelegt von

Curt Bromberg
Referendar.

ACAD
LOND BA
BIBL

Borna-Leipzig
Buchdruckerei Robert Noske
1909.

Gedruckt mit Genehmigung der juristischen Fakultät der Universität Breslau.

Referent: Professor Dr. Fischer.
Korreferent: Professor Dr. Leonhard.

Meinen lieben Eltern!

Inhaltsverzeichnis.

Seite

Einleitung 1

Erster Abschnitt.

Römisches Recht.

A. Geschichtliche Entwicklung.

§ 1. Das Fehlen eines Kompensationsrechtes in der ältesten Zeit. — Das Gegenüberstehen zweier Forderungen ohne rechtliche Wirkung 1

§ 2. Die Kompensation bei Klagen.

I. Des argentarius 2

II. Des bonorum emptor 3

§ 3. Die Kompensation bei Klagen aus bonae fidei negotia 4

Die Kompensation im stricti iuris iudicium.

§ 4. Vor dem Reskript Marc Aurels. — Wesen der exceptio doli . . 6

§ 5. Seit dem Reskript Marc Aurels bis Justinian 10

§ 6. Seit Justinian — Prozessuale Bedeutung des ipso iure in l. 4 C. 4, 31 und § 30 Inst. 4, 6 12

B. Die Aufrechnungslage im römischen Recht.

§ 7. Die Kompensabilität im Privatrecht.

I. Der innere Grund des Rechtes auf Kompensation . 15

II. Welche Änderung vollzieht sich durch die Kompensabilität mit jeder der beiden Forderungen? . . 17

III. In welches rechtliche Verhältnis treten die Forderungen durch die Kompensabilität zueinander? 18

§ 8. Die Kompensabilität bewirkt keine Vonselbstaufhebung der Forderung 18

§ 9. Die Hauptwirkung der Kompensabilität: Das Recht auf Kompensation. — Die Kompensabilität bewirkt keine Affizierung der Forderungen. Widerlegung der Affektionstheorie 20

Zweiter Abschnitt. Seite

Heutiges Recht.

§ 10. Die rechtliche Natur des Aufrechnungsrechtes.

I. Die gesetzlichen Bestimmungen über die Aufrechnung im Bürgerlichen Gesetzbuch und in der Zivilprozeßordnung 25
II. Das Aufrechnungsrecht ist kein Anfechtungsrecht 25
III. Das Aufrechnungsrecht eine Einrede im Sinne der Zivilprozeßordnung, keine Einrede im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuchs 27
IV. Das Aufrechnungsrecht kein Recht auf Selbstzahlung 29
V. Das Aufrechnungsrecht kein Pfandrecht an der eigenen Schuld 30

§ 11. Widerlegung der modernen Affektionstheorie. — Nicht die Aufrechenbarkeit, sondern erst die Aufrechnungserklärung bewirkt die Tilgung der Forderung 32

Praktische Folgen.

I. Für § 767 ZPO. 33
II. Für das Kondiktionsrecht 35

§ 12. Die Aufrechnungslage im Zivilprozeß.

I. In der Berufungsinstanz 36
II. Die Wirkung der Aufrechnungslage auf die Prozeßkosten 37

§ 13. Aufrechnungslage und Abtretung 39
§ 14. Aufrechnungslage und Bürgschaft 41
Schluß 44

Literaturverzeichnis.

Monographien.

*Asher, Die Kompensation im Zivilprozeß des klassischen römischen Rechts. 1863.

Bekker, Die Aktionen des römischen Privatrechts. Berlin 1871.

Belian, Ist der Satz der l. 10 § 1 de comp. 16, 2 allgemeingültig oder nur unter besonderen Umständen richtig? Erlanger Diss. 1898.

*Brinz, Die Lehre von der Kompensation. 1849.

Cleffmann, Kann das in Unkenntnis der Aufrechnungsbefugnis Gezahlte zurückgefordert werden. Erlanger Diss. 1903.

*Dernburg, Geschichte und Theorie der Kompensation nach römischem und nach neuem Recht. 1868.

*Eisele, Die Kompensation nach römischem und gemeinem Recht. 1876.

Eisele, Die materielle Grundlage der exceptio. 1871.

Fischer, Recht und Rechtsschutz (Beiträge zur Erläuterung und Beurteilung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs). 1889.

Friedensburg, Die Wirkung der Aufrechnungslage und der Aufrechnungsvollziehung auf die rechtliche Stellung des Bürgen. Breslauer Diss. 1903.

Fröhlich, Worin liegt das Eigentümliche der Aufrechnung? Erlanger Diss. 1898.

*Geib, Die Theorie der gerichtlichen Kompensation. 1897.

*Hartter, Das römisch-deutsche Recht der Kompensation. 1837.

Hartmann, Grundzüge der Kompensation nach römischem und gemeinem Recht einschließlich der Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Erlanger Diss. 1900.

Hellwig, Anspruch und Klagerecht. 1900.

v. Hertzberg, Die Aufrechnung nach Bürgerlichem Gesetzbuch ein ius merum compensationis. Erlanger Diss. 1898.

*Heymann, Das Vorschützen der Verjährung. Breslau 1895.

*Krug, Die Lehre von der Kompensation. 1833.

*Lenel, Über Ursprung und Wesen der Exzeptionen. Heidelberg 1876.

*Leonhard, Fr., Die Aufrechnung. 1896.

Liebknecht, Kompensationsvollzug und Kompensationsvorbringen. Würzburger Diss. 1897.

Liebknecht, Vorbehaltszahlung und Eventualaufrechnung. 1898.

Marckwald, Die condictio indebiti bei Zahlung in Unkenntnis der Aufrechnungsbefugnis. Rostocker Diss. 1901.

Meyer, Bedeutung und Charakter der Kompensationserklärung. Erlanger Diss. 1895.

Pernice, Marcus Antistius Labeo. Das römische Privatrecht im 1. Jahrhundert der Kaiserzeit. Halle 1873.

Priester, Ipso iure compensatur. 1897.

Reinhold, Die einseitige außergerichtliche Aufrechnung des Bürgerlichen Gesetzbuchs ein abstraktes Rechtsgeschäft. Freiburger Diss. 1898.

Schachian, Wird nach gemeinem Recht und Bürgerlichem Gesetzbuch die condictio indebiti begründet durch eine in entschuldbarer Unkenntnis der Aufrechnungsbefugnis bewirkte Zahlung. Rostocker Diss. 1903.

Schlichting, Die Aufrechnung nach Bürgerlichem Gesetzbuch. Rostocker Diss. 1901.

***Schwanert,** Die Kompensation nach römischem Recht. 1870.

***Siber,** Kompensation und Aufrechnung. 1899.

***Stampe,** Das Kompensationsverfahren im vorjustinianischen stricti iuris iuditium. 1886.

Triebel, Aufrechnung des Bürgen mit einer Forderung des Hauptschuldners. Breslauer Diss. Borna-Leipzig 1906.

***Ubbelohde,** Über den Satz ipso iure compensatur.

***Weigelin,** Das Recht zur Aufrechnung als Pfandrecht an der eigenen Schuld. 1904.

***Wieding,** Der justinianische Libellprozeß. 1865.

Zeitschriften.

Bethmann-Hollweg im Rheinischen Museum Bd. 1 S. 257ff.

Binder in den Beiträgen zur Auslegung des Bürgerlichen Gesetzbuchs 1. Heft S. 23ff. 1902.

Brinz in der Kritischen Vierteljahrsschrift Bd. 19 S. 321ff.

Brinz im Jahrbuch des gemeinen Rechts Bd. 1 S. 24ff.

Eccius in Gruchots Beiträgen Bd. 42 S. 15ff., 233ff.

Eck in der Zeitschrift für Gesetzgebung und Rechtspflege in Preußen Bd. 3 S. 124ff.

Eisele im Archiv für die zivilistische Praxis Bd. 55 Nr. 10.

Eisele in der Zeitschrift für deutsche Rechtsgeschichte Bd. 10 S. 465ff.

Eisele in der Kritischen Vierteljahrsschrift Bd. 29 S. 37ff.

Feder in der Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht Bd. 54 S. 434ff.

Förtsch in Gruchots Beiträgen Bd. 42 S. 225ff.

***Friedenthal,** Einrede und Einwendung. In Fischers Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilrecht S. 549ff.

Fuhr im Archiv für praktische Rechtswissenschaft Bd. 1 2. Heft S. 121ff.

Götte im Archiv für bürgerliches Recht Bd. 17 S. 158ff.

Hasse im Archiv für die zivilistische Praxis Bd. 7 S. 145ff.

Hellmann in der Kritischen Vierteljahrsschrift Bd. 40 S. 93 ff. und Bd. 42 S. 48 ff.

Krug im Archiv für die zivilistische Praxis Bd. 25 S. 211 ff.

Krug in der Zeitschrift für Rechtspflege und Verwaltung für das Königreich Sachsen Bd. 13 Nr. 6.

Kohler in der Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß Bd. 20 S. 1 ff. und Bd. 24 S. 1 ff.

Leonhard, Fr., im Archiv für bürgerliches Recht Bd. 21 S. 158 ff.

Lippmann in den Jahrbüchern für Dogmatik Bd. 32 S. 157 ff. und Bd. 43 S. 503 ff.

Muther in der Kritischen Vierteljahrsschrift Bd. 11 S. 174 ff.

Oertmann im Archiv für bürgerl. Recht Bd. 13 S. 124 ff. und Bd. 14 S. 348 ff.

Ohnesorge im Jahrbuch für Dogmatik Bd. 20 S. 285 ff.

Pfitzer in der Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß Bd. 26 S. 43 ff.

***v. Scheurl** in den Beiträgen zur Bearbeitung des römischen Rechts Bd. 1 Nr. 7.

Stözel in der Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß Bd. 24 S. 50 ff.

Wach in der Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß Bd. 27 S. 1 ff.

***Weißmann** in der Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß Bd. 26 S. 1 ff.

Lehrbücher und Kommentare.

Brinz, Lehrbuch der Pandekten. 1879.

***Cosack**, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. 4. Aufl.

Dernburg, Lehrbuch der Pandekten. 7. Aufl.

Dernburg, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens. Bd. 2. 3. Aufl.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 8. Aufl.

***Fischer-Henle**, Bürgerliches Gesetzbuch. Handausgabe. 7. Aufl. 1906.

Gaupp-Stein, Kommentar zur Zivilprozeßordnung. 6. u. 7. Aufl.

Glück, Ausführliche Erläuterung der Pandekten. Bd. 15. 1813.

Oertmann, Recht der Schuldverhältnisse. 2. Aufl.

Petersen, Kommentar zur Zivilprozeßordnung. 4. Aufl.

Planck, Bürgerliches Gesetzbuch. 3. Aufl.

Savigny, System des heutigen römischen Rechts. Bd. 5. 1840.

Seuffert, Kommentar zur Zivilprozeßordnung. 8. Aufl.

Sohm, Institutionen. Lehrbuch der Geschichte und des Systems des römischen Rechts. 13. Aufl.

Struckmann-Koch, Kommentar zur Zivilprozeßordnung. 8. Aufl. 1901.

Vangerow, Lehrbuch der Pandekten. Bd. 3. 7. Aufl. 1876.

***Windscheid-Kipp**, Lehrbuch des Pandektenrechts unter vergleichender Darstellung des bürgerlichen Rechts. 9. Aufl. 1906.

Die mit einem * versehenen Werke sind nur mit dem Namen ihrer Verfasser zitiert.

Einleitung.

Die vorliegende Arbeit soll sich mit der Aufrechnungslage beschäftigen. Aufrechnungslage oder Aufrechenbarkeit ist dann vorhanden, wenn alle gesetzlichen Erfordernisse so weit gediehen sind, daß der Aufrechnungsvollziehung nichts mehr im Wege steht. Von diesen gesetzlichen Erfordernissen selbst soll nicht die Rede sein; für unsere Arbeit ist es z. B. gleichgültig, ob, wie im heutigen Rechte, Gleichartigkeit der Forderungen eine Voraussetzung der Aufrechnungsmöglichkeit ist oder nicht. Für uns kommt lediglich der Zustand der Aufrechenbarkeit und seine etwaigen Rechtswirkungen in Betracht. Daher scheiden aus unseren Betrachtungen aus der Vollzug der Aufrechnung und die Wirkungen der vollzogenen Aufrechnung. Nur der eigenartige Schwebezustand ist zu betrachten, der sich ergibt, wenn das Recht zwei Personen die Möglichkeit gewährt, ihre gegenseitigen Forderungen gegeneinander aufzurechnen.

Erster Abschnitt.

Römisches Recht.

A. Geschichtliche Entwicklung.

§ 1.

Das Fehlen eines Kombinationsrechtes in der ältesten Zeit.

Es ist anzunehmen — und dafür spricht auch das gänzliche Fehlen von Quellenstellen —, daß das älteste römische Recht zur Zeit des Legisaktionenprozesses es dem beklagten Schuldner nicht gestattete, in demselben Prozesse eine ihm gegen den

Kläger zustehende Forderung geltend zu machen. Ging das Klagebegehren auf ein dare oportere des Beklagten, so wurde dieser nicht dadurch befreit, daß er etwa auf seine Gegenforderung verwies; er mußte zahlen und konnte seine Forderung nur in einem besonderen Prozesse einklagen.[1]) Wenn sich die Parteien nicht gütlich einigten, etwa durch Abschluß eines sogen. Kompensationsvertrages (compensatio voluntuaria), es bestand jedenfalls kein Kompensationsrecht des Beklagten und keine Kompensationspflicht des Klägers, d. h. an die Tatsache des Gegenüberstehens zweier Forderungen war weder ein Kompensationsrecht noch eine Kompensationspflicht geknüpft. Die beiden Forderungen standen einander gegenüber, ohne aus diesem Grunde irgendeine besondere Wirkung auszuüben. „Es waren sowohl materielle als formelle Gründe, welche in der Epoche der legis actiones den Zwang zur Kompensation untunlich machten.“[2])

§ 2.

Die Kompensation bei Klagen.

I. Des argentarius.

Bald jedoch wird der sich immer mehr entwickelnde Verkehr dieses gänzliche Fehlen eines Kompensationsrechtes als Mißstand empfunden haben, und so finden wir denn in verhältnismäßiger Zeit und gerade in einem Wirtschaftskreise, in dem ein besonders reger Verkehr herrschte, die ersten Ansätze zu einem gesetzlichen Kompensationsverfahren. Gaius[3]) berichtet uns in seinen Institutionen davon. Für den argentarius, den Bankier, entwickelte sich schon frühzeitig ein besonders geregeltes Kompensationsverfahren. Der argentarius durfte seine Kunden

---

[1]) Dernburg S. 16ff.

[2]) Dernburg S. 18. A. M. ist gegen die herrschende Ansicht Fr. Leonhard S. 11ff. Dieser behauptet schon für das älteste röm. Recht eine einseitige außergerichtliche Kompensation, jedoch sicherlich mit Unrecht, da er nur durch „kühne Auslegung“ einer Stelle (VI, 5, 6) in den noctes Atticae des Gellius und einiger Formularen Katos diese „pure Hypothese“ zu beweisen sucht. Hierzu vgl. Hellmann, Krit. VSchr. Bd. 40 S. 94.

[3]) Gaius IV 6, 4, 68.

nur auf den Überschuß seiner Forderung über seine Schuld an sie verklagen, cogitur cum compensatione agere. Die formula des argentarius lautete: Si paret Numerium Negidium Aulo argentario H. S. X Milia dare oportere amplius quam Aulus argentarius No debet index Nm Aulo H. S. X Milia condemna, si non paret absolve.[1]) Also der argentarius mußte selbst die Kompensation vornehmen und hatte nur eine Forderung auf den Saldo; die intentio durfte nur den Saldo enthalten. Berücksichtigte der argentarius die Gegenforderung nicht, ja klagte er auch nur einen Pfennig über den Saldo zuviel ein, so wurde er wegen pluspetitio sachfällig; infolge der prozessualen Konsumtion verlor er die Möglichkeit, irgendeine seiner Forderungen gegen den Kunden einzuklagen. Compensationis ratio in intentione ponitur, quo fit, ut si facta compensatione plus nummo uno intendat argentarius causa cadat et ob id rem perdat.[2])

Wir sehen also: Im Verhältnis zwischen dem argentarius und seinen Kunden bewirkt die Kompensabilität durch die Möglichkeit des Verlustes seiner ganzen Forderung einen Zwang auf den Bankier, die Aufrechnung schon in der intentio vorzunehmen. Die Kompensabilität hat eine Kompensationspflicht des einen Teils, des argentarius, zur Folge.

II. Des bonorum emptor.

Des weiteren berichtet Gaius[1]) von einem Kompensationsverfahren, welches dann Anwendung fand, wenn ein bonorum emptor, ein Konkursmassenverkäufer, gegen einen Massenschuldner Klage erhob, diesem jedoch eine Forderung gegen den Gemeinschuldner zustand.

Dieses für den bonorum emptor geltende Kompensationsverfahren, welches sich erst nach der Entwicklung der Argentarierkompensation herausgebildet hat, weicht jedoch wesentlich von dieser ab. Zwar sollte auch der bonorum emptor schon in der Klage die Forderung des Beklagten an den Gemeinschuldner berücksichtigen. Bonorum emptor cum deductione agere iubetur.[3])

---

[1]) Gaius, Inst. IV 64.
[2]) Gaius, Inst. IV 68.
[3]) Gaius, Inst. IV 65.

Er kann sie berücksichtigen. Tut er es jedoch nicht, so schadet ihm das zunächst nicht und führt nicht zur Sachfälligkeit, wenn nur seine eigene Forderung in Ordnung ist. Sowie jedoch der Beklagte behauptete, eine Forderung gegen den Gemeinschuldner zu haben, wies der praetor den iudex an, den Beklagten nur cum deductione zu verurteilen, d. h. selbst die Kompensation vorzunehmen.[1]) Id est ut in hoc solum comdemnetur adversarius quod superest deducto eo quod invicem ei bonorum emptor defraudatoris nomine debet. Und ferner: deductio vero ad condemnationem ponitur, quo loco plus petenti periculum non intervenit.[2]) Bei dem bonorum emptor bewirkt die Aufrechnungslage keinen Kompensationszwang für den Kläger; der Kläger braucht die Kompensationshandlung gar nicht selber vorzunehmen. Der Richter muß vielmehr auf Verlangen des Beklagten die Kompensation vornehmen, und zwar ohne Rücksicht auf Gleichartigkeit und Fälligkeit der Forderungen. Die Aufrechenbarkeit bewirkt hier ein Aufrechnungsrecht des einen Teils, des Masseschuldners.

§ 3.

Die Kompensation bei Klagen aus bonae fidei negotia.

Weiter berichtet Gaius[3]) von einer Kompensation bei bonae fidei negotia.

Bei diesen Klagen, bei denen es sich nicht darum handelte, daß der Schuldner genau etwas Bestimmtes, Versprochenes leiste, sondern vielmehr darum, daß er das nach Treu und Glauben Erforderliche gewähre bezw. sich so verhalte, ut inter bonos bene agier oportet et sine fraudatione, bei diesen Klagen mußte sich der Kompensationsgedanke naturgemäß in größerem Umfange Bahn brechen.

Denn es entsprach der bona fides nicht, wenn jemand die volle Schuldsumme einklagte, obwohl er dem Beklagten selbst noch Geld schuldete. Das besagen die Worte des Paulus: dolo

---

[1]) Hierzu vgl. Stampe S. 59ff.
[2]) Gaius, Inst. IV 65.
[3]) Gaius, Inst. IV 63.

malo facit, qui petit quod mox redditurus est.[1]) Aber anders als beim argentarius und anders als bei dem bonorum emptor gestaltete sich hier die Kompensation. Weder durfte wie bei jenem der Richter den ohne Berücksichtigung der Gegenforderung Klagenden ganz abweisen, noch hatte wie bei diesem der Beklagte ein starres, unbedingtes Recht auf Kompensation.

Hier, bei den actiones bonae fidei, lag alles im Ermessen des Richters. Er hatte zu entscheiden, ob es in dem einzelnen Falle der bona fides und den Anforderungen des Verkehrs entsprach, daß die Gegenforderung berücksichtigt werde, oder daß sie unberücksichtigt blieb. Liberum est tamen iudici nullam omnino compensationis rationem habere. Nec enim aperte formulae verbis praecipitur, sed quia id bonae fidei iudicio conveniens videtur, ideo officio eius contineri creditur.[2])

Nahm der Richter an, daß es im gegebenen Falle der bona fides entsprach, daß der Kläger den vollen ungekürzten Schuldbetrag ohne Rücksicht auf die Gegenforderung einklagte, so verurteilte er den Beklagten dem Antrage gemäß. Nahm er dagegen an, daß es der bona fides nicht entsprach, so verurteilte er den Beklagten nur auf den Saldo, er vollzog die Kompensation selbst.[3]) Niemand konnte vorher sicher wissen, wie das Urteil ausfallen würde. Der Richter war nicht wie beim argentarius im Falle der Einklagung des vollen Betrages gezwungen, den Kläger abzuweisen, und nicht wie beim bonorum emptor, die Kompensation vorzunehmen. Er konnte es, wenn er es der bona fides entsprechend fand. Ihm war nicht formulae verbis vorgeschrieben, wie er zu urteilen hatte. In der Formel stand nichts von der Kompensation darin. Die Befugnis des Richters wurde einfach auf den in der intentio stehenden Zusatz quidpuid paret Nm Ao dare facere oportere ex fide bona gestützt. Der Richter schöpfte sein Urteil nicht aus einem konkreten positiven Rechtsatze, nicht aus dem Rechte selbst, sondern aus seinem eigenen Billigkeitsgefühl.

---

[1]) l. 173 D. 50, 17 u. l. 8 D. 44, 4.
[2]) Gaius IV 63.
[3]) § 30 I. 4, 6.

Wir sehen also, die Aufrechenbarkeit bewirkt bei den bonae fidei negotia nicht einen Zwang auf den Kläger aufzurechnen, auch kein striktes Recht des Beklagten auf Aufrechnung, sie stellt sich vielmehr dar als eine Beschränkung des klägerischen Rechtes um der bona fides willen durch Eingriff des Richters.

Die Kompensation im stricti iuris iudicium.

§ 4.

Vor dem Reskript Marc Aurels.

Wie stand es nun mit der Kompensation bei stricti iuris negotia?

Zum ersten Male hören wir davon in den Institutionen,[1]) in denen Justinian unter Anlehnung an die oben erwähnte Gaius-Stelle einen Überblick über die geschichtliche Entwicklung der Kompensation gibt. Dort heißt es, nachdem vorher von der Kompensation bei bonae fidei negotia die Rede war: sed et in strictis iudiciis ex rescripto divi Marci opposita doli mali exceptione compensatio inducebatur.

Drei große Streitfragen setzen bei dieser Stelle ein.

1. Gab es vor dem Reskript Marc Aurels überhaupt eine Kompensation für stricti iuris negotia?

2. Wenn es eine gab, wie hat man sich dieselbe zu denken?

3. Wie vollzog sich die Kompensation bei stricti iuris iudicia nach dem Reskript Marc Aurels?

Was die Beantwortung der ersten Frage betrifft, so scheint die Fassung der Institutionenstelle: in strictis iudiciis compensatio inducebatur ex rescripto divi Marci opposita doli mali exceptione für die Verneinung dieser Frage zu sprechen. Denn wenn im stricti iuris iudicium die Kompensation eingeführt wird durch ein Reskript Marc Aurels, so setzt das doch voraus, daß es bis zu diesem Reskript eine Kompensation für solche Klage nicht gegeben hat.

---

[1]) § 30 I. IV 6.

Auch die Gaius-Stelle scheint für die Verneinung der Frage zu sprechen. Dort ist von einer Kompensation bei bonae fidei iudicia die Rede; daran knüpft sich die Besprechung der Kompensation bei Klagen des argentarius und des bonorum emptor. Diese Klagen sind solche aus stricti iuris negotia. Es ist also anzunehmen, daß Gaius, wenn die Kompensation bei Klagen aus stricti iuris negotia allgemein zulässig gewesen wäre, nicht gerade diese beiden Klagen allein herausgegriffen hätte.[1])

Und in der Tat haben auch einige Schriftsteller aus diesem gänzlichen Schweigen den Schluß gezogen, daß es, natürlich abgesehen von der Argentarierkompensation, eine Kompensation für stricti iuris negotia bis Marc Aurel nicht gegeben habe, so insbesondere Savigny,[2]) Ubbelohde[3]) und Stampe.[4])

Aber es ist nicht anzunehmen, daß die Römer bei den stricti iuris negotia solange ohne Kompensation ausgekommen sind.[5])

Wie wir bereits gesehen haben, galt es unter Umständen für dolos, seine Forderung ohne Berücksichtigung der Gegenforderung geltend zu machen; in zwei Stellen[6]) findet sich der wenn auch stark verallgemeinernde Satz: dolo malo facit qui petit quod mox redditurus est, und sicherlich ist es nicht ohne Bedeutung, daß dieser Satz das eine Mal in dem Abschnitt steht, der von der doli mali exceptio handelt, dieser Satz, der nichts anderes besagt, als daß es eine unmittelbare Folge der Aufrechenbarkeit sein kann, daß derjenige dolos handelt, der seine Forderung in voller Höhe einklagt.

An dieser Stelle dürfte es nicht unangebracht sein, sich das Wesen der exceptio doli zu vergegenwärtigen.[7]) Neben dem ius proprium civium Romanorum, dem durch seine Form wir-

---

[1]) vgl. Siber S. 1.

[2]) System des röm. Rechts Bd. 5 S. 467.

[3]) S. 91 ff., 193.

[4]) S. 45.

[5]) vgl. zu folgendem Dernburg S. 168/75.

[6]) l. 173 D. 50, 17 § 3 und l. 8 D. 44, 4 pr.

[7]) vgl. zu folgendem Eisele, Die materielle Grundlage der exceptio S. 121; Lenel, Über Ursprung und Wirkung der Exzeptionen S. 198; Stampe S. 76.

kenden, nur für den Verkehr der römischen Bürger unter einander geltenden ius strictum hatte sich allmählich ein besonderes Recht herausgebildet, welches für den Verkehr mit den Peregrinen zur Anwendung kam, das ius gentium. Während sich jenes infolge seiner starren Formvorschriften und der Zuspitzung auf einzelne bestimmte Vertragstypen naturgemäß nur für ein noch wenig entwickeltes Verkehrsleben als brauchbar erweisen konnte, war dieses vermöge seiner größeren Formfreiheit fähig, sich jeder Neuerscheinung des Verkehrs anzupassen. Mit dem wirtschaftlichen Aufschwunge Roms und der dadurch hervorgerufenen Schaffung neuer Geschäftsformen erwiesen sich nun die bestehenden Vorschriften des ius strictum als unzureichend, und dieser Umstand führte dazu, daß man die im ius gentium niedergelegten Rechtsgedanken in das ius civile übernahm.

Aber die Form des ius civile sollte erhalten bleiben! Das Hauptmittel nun, diesen Umschwung in einer nach außen hin möglichst unauffälligen Weise zu vollziehen, war die exceptio doli.[1])

Denn wenn der Prätor auf Verlangen des Beklagten kondemnierte unter der Bedingung: si in ea re nihil dolo malo factum sit neque fiat, so war damit die Beurteilung dessen, was dolos war oder mit anderen Worten der bona fides widersprach, in das Ermessen des Richters gestellt.

„Nachdem in dieser Art dem Richter freie Hand gelassen wurde, konnte man Klagen, bei denen eine exceptio doli zugelassen war, kaum mehr zu den strengen Klagen rechnen."[1])

„Die exceptio doli war das Mittel, um die Umbildung des materiellen Rechtes im Sinne der aequitas zu bewirken. Die exceptio doli war gebraucht, um dem ius strictum die Spitze abzusprechen . . ., um die unterliegenden wirtschaftlichen Verhältnisse gegen die Rechtskraft des Formalkontrakts zu verteidigen und um Gegenansprüche im Wege der Kompensation geltend zu machen."[2]) Wir sehen also, die exceptio doli bedeutete eine Übertragung der Grundsätze der bona fides auf das ius strictum. Denn auch hier entschied fortan das Ermessen

[1]) Dernburg S. 172.
[2]) Sohm, Inst. S. 323.

des Richters, ob wirklich eine dolose Handlung vorlag, ob es wirklich im gegebenen Falle dolos war, ohne Berücksichtigung der Gegenforderung zu klagen. Denn der allgemein gehaltene Satz dolo malo facit qui petit quod mox redditurus est besagt noch nicht, daß unter allen Umständen das Einklagen des vollen Betrages dolos sein mußte, er ist nur ein verallgemeinernder Ausspruch, eine regula iuris. In ihm liegt keineswegs eine gesetzliche Regelung des Kompensationsverfahrens, und durch ihn wurde für den Richter noch keineswegs die Pflicht statuiert, nun auch immer im konkreten Falle das Einklagen des vollen Betrages für dolos zu erachten.

Wie bei den bonae fidei negotia lag auch bei den stricti iuris negotia die Entscheidung über die Kompensation vollkommen im Ermessen des Richters.

Hierbei ist jedoch zu beachten, daß bei den stricti iuris iudicia das Kompensationsvorbringen nur dann Berücksichtigung fand, wenn die exceptio doli in die formula eingeschaltet war, während im bonae fidei iudicium schon das ex fide bona der intentio genügte.

Aber noch in einem anderen Punkte unterschied sich die Kompensastion bei den stricti iuris iudicia wesentlich von der bei den bonae fidei negotia. Die exceptio doli war eine „Ausnahme" vom Kondemnationsbefehl; wenn der Richter ihr Vorliegen annahm, so mußte er die Klage abweisen; der Klageanspruch war dann konsumiert. Bei den stricti iuris iudicia durfte der Richter nicht wie im bonae fidei iudicium, wenn er das Einklagen des vollen Betrages für dolos hielt, die Kompensation selbst vornehmen. Er mußte vielmehr die Klage abweisen.

Das Kompensationsverfahren bei den stricti iuris iudicia trägt Züge der Kompensation bei Klagen aus bonae fidei negotia infolge des diskretionären Ermessens des Richters und Züge der Argentarierkompensation infolge der konsumierenden Klageabweisung bei Geltendmachung des vollen Betrages an sich.

Dieses Verfahren ist infolge des letzten Moments keine eigentliche Kompensation im technischen Sinne, kein Aufrechnen der Forderungen gegeneinander; es ist nur ein Kompensationsersatz.

„Eine Kompensation konnte man dieses Institut gar nicht nennen.“[1])

Daher wird auch in den Textstellen, die von der Kompensation handeln, nichts davon erwähnt.

Wir sehen, also bis Marc Aurel bewirkt die Aufrechnungslage bei Forderungen aus stricti iuris negotia infolge der Opponierung der exceptio doli durch die Gefahr völliger Abweisung für den Fall, daß der Richter das klägerische Verhalten für dolos erachtet, einen Zwang auf den Kläger, selbst die Aufrechnung vorzunehmen.

§ 5.

Seit dem Reskript Marc Aurels bis Justinian.

Dernburg[2]) nimmt nun an, der Richter habe auch für den Fall, daß er das Verhalten des Klägers für dolos hielt, nicht sofort die Klage abgewiesen, er habe vielmehr „durch Interlokute, durch Auflagen, die sich an den Verklagten oder an den Kläger wandten, die materielle Billigkeit zu wahren, einen Ausgleich herbeizuführen gewußt, und die Drohung mit totaler Abweisung habe nur als Präjudiz im Hintergrunde gestanden, wenn den auf eine solche Ausgleichung gerichteten Bemühungen des Richters nicht Folge geleistet wurde“.

Selbst wenn man sich dieser Ansicht anschließt, die sich jedoch durch Quellenzeugnisse nicht belegen läßt, die Gefahr, seinen Klageanspruch gänzlich zu verlieren, bestand und mußte sich als Mißstand fühlbar machen. Da ging Marc Aurel einen bedeutenden Schritt weiter. Er reskribierte — mag er nun damit eine völlige Neuerung geschaffen haben oder, wie Dernburg[3]) behauptet, nur „eine bereits reife Entwicklung sanktioniert und weitergeführt haben“ — er reskribierte, daß die exceptio doli fortan kondemnationsmindernde, d. h. Kompensations-

---

[1]) v. Scheurl S. 159; vgl. auch Brinz, Pand. Bd. 2 S. 432.
[2]) Dernburg S. 233.
[3]) Dernburg S. 193.

wirkung haben sollte. Das bedeuten die Worte: sed et in strictis iudiciis opposita doli mali exceptione compensatio inducebatur.

Von nun an brauchte der Richter, wenn er fand, daß der Kläger die Gegenforderung hätte berücksichtigen müssen, die Klage nicht mehr abzuweisen. Er konnte in diesem Falle, wenn die bona fides es gestattete, die Kompensation selbst vornehmen und den Beklagten nur auf den Saldo verurteilen.

Diese Ansicht ist von verschiedenen Schriftstellern[1]) heftig bekämpft worden mit der Behauptung, die exceptio hätte auch in späterer Zeit niemals kondemnationsmindernde, sondern stets klagabweisende Wirkung gehabt. Diese Behauptung ist von Dernburg,[2]) Ubbelohde[3]) und Stampe[4]) ausführlich widerlegt worden.

Als schlagender Beweis für die Möglichkeit der Kondemnationsminderung der exceptio sei hier die l. 22 pr. D. 44, 1 angeführt, in der Paulus die exceptio im allgemeinen folgendermaßen definiert: exceptio est condicio, quae modo eximit reum damnatione modo minuit damnationem. Und wenn man Eisele[5]) auch zugeben muß, daß eine condicio quae minuit „logisch nicht ganz einwandfrei" ist, so folgt aus der Schiefheit des Ausdrucks noch nichts gegen die Echtheit und Beweiskraft der Stelle. Für die Richtigkeit der hier vertretenen Ansicht spricht ferner in klaren und deutlichen Worten die Paraphrase des Theophilus, an deren Echtheit zu zweifeln, wie Dernburg[6]) hervorhebt, kein Grund vorliegt. Sie enthält direkt eine kurze Zusammenfassung der hier vertretenen Ansicht, wenn sie sagt[7]):

Καὶ ταῦτα μὲν, ὅσον ἐκ τῆς ἀκριβείας αὐτῆς (d. h. die Abweisung infolge der stricti-iuris-Eigenschaft der Klage). *Διάταξις δὲ γέγονε Μάρκου τοῦ βασιλέως, ἥτις φησίν, ἐναγομενόν με στρίκτᾳ*

---

[1]) Brinz S. 57 u. 65; Bethmann-Hollweg S. 274 u. 279; Scheurl, Beitr. S. 161 ff.; Eisele, Zeitschr. f. deutsche Rechtsgesch. Bd. 10 S. 479 ff.

[2]) Dernburg S. 199.

[3]) Ubbelohde S. 121.

[4]) Stampe S. 79 ff.; ebenso auch Siber S. 7 ff.

[5]) Eisele S. 90.

[6]) Dernburg S. 187.

[7]) Theophilus ad § 30 I 4, 6.

ἀγωγῇ περὶ ἱ νομισμάτων, καὶ ἀντεποφειλόμενον ἕ, δυνάσθαι αντιτιθέναι τῇ ἀγωγῇ τὴν τοῦ δόλου παραγραφήν. Καὶ τῆς τοιαύτης ἀντιτεθείσης παραγραφῆς, χώρα δίδοται τῷ δικαστῇ, δέξασθαι τὴν κομπενσατίωνα, καὶ εἰς ἑ μόνα καταδικάσαι νομίσματα.

Die Übersetzung des letzten Satzes lautet: Und durch die Opponierung der exceptio doli wird dem Richter die Möglichkeit gegeben, die Kompensation zu berücksichtigen und nur auf den Saldo zu verurteilen.

Wir sehen also, das Reskript Marc Aurels änderte den bestehenden Zustand in der Hinsicht, daß der Richter die Kompensation selber vornehmen konnte; sonst blieb es beim alten. Infolge dieses Reskriptes hatte sich das Kompensationsverfahren im stricti iuris iudicium nach Marc Aurel genau so gestaltet wie im bonae fidei iudicium, nur mit der Maßgabe, daß in jenem immer die Inserierung der exceptio erforderlich war. Der Richter konnte hier wie dort die Kompensation vornehmen; er konnte, brauchte es aber nicht, wenn er das klägerische Vorgehen nicht für dolos erachtete.

Die Aufrechnungslage bewirkt hier eine Beschränkung des klägerischen Rechtes durch Eingriff richterlichen Ermessens. Als Wirkung der Aufrechenbarkeit im stricti iuris iudicium seit Marc Aurel sehen wir also eine Besserung der Lage des Klägers, der bisher der gänzlichen Abweisung ausgesetzt war.

§ 6.

Seit Justinian.

Aber ein Mißstand war noch zu beseitigen. Die Kompensation konnte nicht in jedem Stadium des Prozesses erklärt werden. Da sie nur in Form einer exceptio geltend gemacht werden konnte, mußte sie, wie alle Exzeptionen, spätestens bis zur Litiskontestation, d. h. noch in iure vorgebracht werden. Eine erst in iudicio vorgebrachte Kompensationserklärung wurde nicht mehr berücksichtigt. Da bestimmte Justinian,[1]) daß

[1]) l. 14 D. 4, 34: Compensationes ex omnibus actionibus ipso iure fieri sancimus nulla differentia in rem vel personalibus actionibus inter se habenda.

das Kompensationsvorbringen auch noch in iudicio erlaubt sein sollte. Nur diesen Sinn kann der Satz in den Institutionen[1]: sed nostra constitutio eas compensationes, quae iure aperto nituntur, latius introduxit, ut actiones ipso iure minuant . . . haben. Einen Satz vorher war gesagt worden: Die Kompensation wurde eingeführt durch Zulassung der kondemnationsmindernden exceptio doli mali. Darauf heißt es weiter — der Gegensatz wird ausdrücklich durch sed hervorgehoben —: „Aber unsere Konstitution führte die Kompensation, die sich auf ein klar erkennbares Recht stützt, in noch weiterem Umfange (latius introduxit) ein (d. h. bisher konnte sie nur in iure vorgebracht werden), so nämlich, daß sie die Klagebegehren ipso iure minderte. Für den, der unbefangen an diese Institutionenstelle herangeht, kann ipso iure hier nichts anderes bedeuten, als den Gegensatz zu dem im vorhergehenden Satze vorkommenden ope exceptionis auszudrücken. Der Gegensatz zwischen ipso iure ist hier so stark betont, daß ipso iure hier nur diese Bedeutung haben kann.[2]

Dieser prozessualen Deutung des ipso iure steht keineswegs die Tatsache entgegen, daß bereits im Jahre 342 durch die l. 1 C. de form. subl. 2, 57 die Funktion der formula beseitigt wurde, und die Zweiteilung in ein Verfahren in iure und in iudicio fortfiel. Denn daraus folgt noch keineswegs, daß auch die Litiskontestation in Fortfall gekommen oder die Unterscheidung von ipso iure und ope exceptionis wirkenden Tatsachen gegenstandslos geworden wäre; vielmehr hatte sie die Bedeutung, daß letztere nur in einem dem Verfahren in iure entsprechenden Prozeßabschnitte bis zur Litiskontestation vorgebracht werden konnten. „Fiel nun mit dem Formularprozeß und der Duplizität des römischen Rechts als ius civile und ius honorarium der materiellrechtliche Unterschied fort, so kann der formelle dessenungeachtet fortgedauert haben.“[3] Die Richtigkeit dieser Ansicht geht, wie Wieding[4] an der Hand der l. 2 C. 7, 50 aus-

[1] § 30 I 4, 6.

[2] Hierzu vgl. Schwanert S. 29 und Bethmann-Hollweg, Rhein. Mus. Bd. 1 S. 274.

[3] Eisele, Arch. f. ziv. Prax. Bd. 55 S. 190.

[4] Wieding S. 210ff.

führlich dargetan hat, aus dieser Kodexstelle deutlich hervor. Derselben Ansicht sind Bekker,[1]) Geib,[2]) Muther,[3]) Stampe,[4]) Schwanert,[5]) Krug.[6])

Anderer Meinung sind insbesondere Dernburg und Siber. Ersterer[7]) verwirft die prozessuale Deutung des ipso iure mit den Worten: „Es entbehrt dies der Begründung", ohne selbst irgendwelche Argumente entgegenzusetzen.

Auch die Erwägung Sibers,[8]) daß Justinian, falls unsere Ansicht zuträfe, seine Neuerung nicht als eine „Erweiterung des Anwendungsgebietes", sondern als eine Erleichterung der prozessualen Geltendmachung bezeichnet hätte, ist nicht sehr überzeugend.

Während es also bei den actiones bonae fidei keine exceptio doli gab — doli exceptio bonae fidei iudiciis inest —, während bisher nur hier die Kompensation ohne exceptio, also ipso iure im ganz gewöhnlichen Sinne berücksichtigt wurde, sollte es auch bei den actiones stricti iuris seit Justinian gerade so sein. Die Kompensation war zu berücksichtigen, auch wenn der Beklagte es verabsäumt hatte, vor der Litiskontestation die exceptio zu erheben. Die Kompensation konnte fortan in jeder Lage des Rechtsstreites vorgebracht werden. Sie mußte berücksichtigt werden, falls — auch diese[9]) Neuerung wurde von Justinian eingeführt — die Gegenforderung liquide,[10]) d. h. sofort klarzustellen war und die Entscheidung nicht verzögerte.

---

[1]) Bekker, Aktionen des röm. PrivR. Bd. 2 S. 356 ff.

[2]) Geib S. 282.

[3]) Muther, Krit. VSchr. Bd. 11 S. 187.

[4]) Stampe S. 96.

[5]) Schwanert S. 30 ff.

[6]) Krug, Zeitschr. f. sächs. Rechtspfl. u. Verw. Bd. 13 S. 289.

[7]) Dernburg S. 208.

[8]) Siber S. 78.

[9]) Außerdem wurde mit Forderungen aus unerlaubten Handlungen (l. 14, 2 C. 4, 31) und gegen Forderungen des Fiskus (l. 1 eod.) und aus der actio depositi (l. 11 C. 4, 34) die Aufrechnung ausgeschlossen.

[10]) l. 14 C. 4, 31: si causa, ex qua compensatur, liquida sit et non multis ambagibus innodata.

Der Kompensationsgedanke hatte sich jetzt in vollem Umfange Bahn gebrochen. Die Kompensation war nicht mehr auf einen bestimmten Prozeßabschnitt beschränkt, sie konnte in jedem Stadium des Rechtsstreites geltend gemacht werden, ja sogar gegen eine Klage aus einem Urteil wurde sie für unbedingt zulässig erklärt.[1])

Seit Justinian bewirkt die Aufrechenbarkeit ein unbeschränktes Recht auf Kompensation.

B. Die Aufrechnungslage im römischen Recht.

§ 7.

Die Kompensabilität im Privatrecht.

I. Der innere Grund des Rechtes auf Kompensation.

Alle bisher gewonnenen Resultate geben jedoch nur ein Bild davon, welche prozessualische Wirkungen die Aufrechnungslage in der Praxis zeitigte. Noch nicht behandelt ist die privatrechtliche Seite des Problems. Bedeuten die gefundenen Ergebnisse, daß der Aufrechnungsberechtigte unter Umständen auch privatrechtlich nur eine Forderung auf den Saldo, nicht auch auf die gesamte Forderung hat? Oder muß man vielmehr sagen: Privatrechtlich besteht zwar die volle Forderung; es fehlt nur die Möglichkeit, sie anders als nach Abzug der Gegenforderung geltend zu machen? Die Hauptschwierigkeit bei der Lösung dieser theoretisch-konstruktiven Fragen besteht darin, daß die Römer, nicht wie wir, gewöhnt waren, privatrechtliche und prozeßrechtliche Fragen scharf zu unterscheiden, daß vielmehr ihr Privatrecht in die Form des Prozeßrechts hineingegossen war, und daß sie sich damit begnügten, in der Praxis zu einem zweckentsprechenden Resultate zu gelangen.

Es ist jedoch von Wichtigkeit, sich die Frage vorzulegen, welche Vorstellung dem soeben dargestellten Sachverhalte am meisten entsprechen würde, und im folgenden Abschnitte soll

[1]) l. 2 C. 4, 31: eum vero qui iudicati convenitur compensationem pecuniae sibi debitae implorare posse neminem dubium est.

die Frage untersucht werden, wie man sich die Wirkungen der Aufrechnungslage auf dem Gebiete des Privatrechts zu denken hat.

Der A schuldet dem B 100 und der B dem A 100. Hier muß es sicherlich schon in den ersten Anfängen jeder Rechtsentwicklung höchst umständlich erschienen sein, wenn nun etwa der B zu dem A ging, ihm die 100 gab und A dieselben 100 nahm und sie dem B zurückgab. Wenn man es in der Anfangszeit des römischen Rechtes dennoch tat, so hing das damit zusammen, daß es damals nur ganz bestimmte formelle Schuldbefreiungsgründe gab, die einzig und allein geeignet waren, eine Schuld rechtswirksam zum Erlöschen zu bringen, und zu denen ein bloßes mündliches formloses Abrechnen der beiden Forderungen gegeneinander nicht gehörte.

Als sich später dieser Formalismus im Rechte allmählich lockerte und sich das freie ius gentium ohne die Formenstrenge des ius civile herausbildete, hat sich der Gedanke Bahn gebrochen, daß das Verlangen des A an den B, ihm die 100 zu zahlen, obwohl er dem B noch 100 schuldete, gegen die bona fides verstoße. In ganz überflüssiger Weise bürdet hier der A dem B die Kosten und Umstände der Barzahlung auf; er handelt dolos. Dolo malo facit qui petit quod mox redditurus est: Das ist der Grundgedanke der Kompensation. „Zur Erklärung der Kompensation ist Herbeiziehung des ethischen Momentes unentbehrlich.“ [1])

Das ethische Moment ist der Grund, daß die Entwicklung schließlich dahin gelangte, wenn zwei Personen gegeneinander gleichartige, fällige Forderungen hatten, jeder der beiden Personen ein Recht auf Aufrechnung zu geben.

Wenn man das Wesen der Aufrechnungslage erfassen will, so muß man sich die Fragen vorlegen:

1. Welche Veränderung vollzieht sich durch das Vorhandensein dieses Aufrechnungsrechtes mit jeder der beiden Forderungen?
2. In welches Verhältnis treten die beiden Forderungen dadurch zueinander?

---

[1]) Dernburg S. 361.

II. Welche Änderung vollzieht sich durch die Kompensabilität mit jeder der beiden Forderungen?

An jede Forderung knüpft das Recht bestimmte Folgen, die zu verschiedenen Zeiten der Rechtsentwicklung verschiedene gewesen sind. Solche Folgen sind z. B. Klagbarkeit, Verjährung, das Erlöschen durch Bezahlung, durch Verzicht, durch datio in solutum.

Wenn nun dem Schuldner einer Forderung ein Aufrechnungsrecht gegeben wird, so sagt das nichts anderes als: an den sonstigen normalen Rechtswirkungen der Forderung soll nur die eine Änderung vorgenommen werden, daß zu den normalen Erlöschungsgründen noch die Aufrechnung hinzutritt, d. h. daß diese eine Forderung außer durch Barzahlung, Verzicht, datio in solutum u. a. noch erlöschen soll durch Abrechnung mit einer bestimmten anderen Forderung.

Es ist nicht einzusehen, warum durch das Hinzukommen dieses Aufrechnungsrechtes auch noch andere normale Rechtswirkungen der einen Forderung eine Abänderung erleiden sollen, warum z. B. bei einer solchen Forderung der Zinsenlauf gehemmt sein soll, wie das vor allem von Brinz[1]) und Windscheid[2]) behauptet wird. Durch die Gewährung des Aufrechnungsrechtes tritt eine Änderung nur in der Erfüllungsart ein.

Sowie einmal zu einer Forderung ein Aufrechnungsrecht getreten war, hat ihr Schuldner das Recht, sich anstatt durch den sonst üblichen Erfüllungsmodus auch durch Aufrechnung zu befreien. Das bedeutet natürlich auch eine wirtschaftliche Schwächung der Forderung; der Gläubiger der Forderung — und zwar jeder Gläubiger (nicht nur der ursprüngliche) — muß es sich gefallen lassen, fortan anstatt durch Geld durch eine bloße Abrechnung der Forderungen gegeneinander befriedigt zu werden. Die Forderung hat einen rechtlichen Mangel: sie ist mit einem Aufrechnungsrechte belastet.

---

[1]) Brinz, Lehrb. d. Pand. Bd. 2 § 287.
[2]) Windscheid-Kipp, Lehrb. d. Pand. Bd. 2 § 349.

III. In welches rechtliche Verhältnis treten die Forderungen durch die Kompensabilität zueinander?

Dabei darf man jedoch nicht vergessen, daß das Aufrechnungsrecht gegen die Forderung des A nicht geknüpft ist an den Schuldner der Forderung als solchen, sondern an diesen Schuldner zugleich in seiner Eigenschaft als Gläubiger der Forderung gegen A, und daß seine, des B, Forderung ebenfalls behaftet ist mit einem Aufrechnungsrechte des Gläubigers A.

Wir sehen also: Durch die Aufrechenbarkeit treten die beiden Forderungen in ein eigenartiges, rechtliches Verhältnis; jede dieser Forderungen ist belastet mit einem Rechte für den Gläubiger der anderen Forderung, die belastete Forderung durch Abrechnung gerade gegen diese andere Forderung zu tilgen. Die beiden Forderungen sind dadurch in ein enges Abhängigkeitsverhältnis zueinander gebracht; jede muß unter Umständen, was ihre Tilgung betrifft, das rechtliche Schicksal der anderen teilen; jeder der beiden Forderungen kann es bestimmt sein, wenn von der Aufrechnungsbefugnis Gebrauch gemacht wird, durch die andere unterzugehen.

Insofern kann man wohl sagen, die beiden Forderungen halten einander gegenseitig im Schach oder sie halten sich die Wage.

§ 8.

Die Kompensabilität bewirkt keine Vonselbstaufhebung der Forderung.

Dieses eigenartige Verhältnis der beiden Forderungen zueinander und das mehrfache Vorkommen von ipso iure in Verbindung mit compensare hat schon frühzeitig zu einer Theorie geführt, welche als Wirkung der Aufrechenbarkeit die Tilgung der Forderungen, soweit sie sich decken, ansieht. Nach dieser von dem Glossator Martinus Gosia verfochtenen Theorie bedeutet ipso iure compensatur: die Forderungen werden ipso iure = ohne menschliches Zutun, durch ihr bloßes Gegenüber-

treten, kompensiert, d. h. aufgehoben, so daß von einer Kompensabilität gar nicht die Rede sein kann, da ja die eine Forderung dadurch, daß sie einer anderen gegenübertritt, diese zum Erlöschen bringt und in demselben Augenblick auch selbst erlischt. Diese Theorie kann bis zum Anfang des 19. Jahrhunderts in der Wissenschaft als die herrschende bezeichnet werden. Sie findet sich noch in Glücks[1]) Pandekten, auch Krug[2]) und Hartter[3]) können sich nicht von ihr freimachen. Asher[4]) vertritt sie sogar mit aller Entschiedenheit.

Ihre Unhaltbarkeit ist unschwer zu beweisen. Aus der l. 5 D. 16, 2 geht sie aufs deutlichste hervor: si quis a fideiussore petetur aequissimum est eligere fideiussorem, quod ipsi an quod reo debetur, compensare malit; sed et si utrumque velit compensare audiendus est.

Wie[5]) könnte der Bürge die Wahl haben, welche Forderung er zur Aufrechnung verwenden will, wenn die Forderungen sich bereits durch ihr bloßes Gegenübertreten aufgehoben hätten! Nur wenn man compensare übersetzen wollte sich auf geschehene Kompensation berufen, ließe sich diese Auffassung halten; aber diese Bedeutung hat compensare unter keinen Umständen.

Ferner sind Wendungen wie implorare compensationem (l. 2 C. 4, 31), compensationis aequitatem postulare (l. 6 C. 4, 31), die ungemein häufigen Ausdrücke dare, admittere, denegare compensationem (vgl. l. 16 D. 16, 2; l. 7 § 1 eod. u. a.) mit einer Vonselbstaufhebung unvereinbar. Denn wie kann man eine Kompensation erbitten, wenn sie bereits vollzogen ist, wie kann der Richter eine schon erfolgte Aufrechnung zulassen, verweigern!

In allen diesen Fällen ist von einer Tätigkeit die Rede, die sich mit der Vonselbstaufhebung nicht verträgt.

---

[1]) Glück, Pand. Bd. 15 § 934.
[2]) Krug S. 97.
[3]) Hartter S. 42.
[4]) Asher insbesondere S. 46 ff.
[5]) vgl. hierzu insbesondere Fr. Leonhard S. 24 und Stampe S. 14.

§ 9.

Die Hauptwirkung der Kompensabilität: Das Recht auf Kompensation. — Die Kompensabilität bewirkt keine Affizierung der Forderungen. Widerlegung der Affektionstheorie.

I. Es ist aber verfehlt, aus dem Bilde des Aufwägens, das in dem Worte compensare liegt, rechtliche Konsequenzen herleiten und diesem Bilde zuliebe dem Worte compensare eine Bedeutung beilegen zu wollen, die es in Wirklichkeit gar nicht hat, wie dies Brinz[1]) und Windscheid[2]) getan haben. Brinz[3]) führt nämlich aus, compensatio bedeute nur eine „Aufwägung" der Forderungen, welche zwar ihre Wirksamkeit vernichte, aber ihren Bestand nicht antaste, welche also die Gegenschuldner befreie ohne Aufhebung der gegenseitigen Schulden.

So wie nämlich zwei auf die Schalen einer Wage gelegte gleichschwere Gewichte in der Weise aufeinander einwirkten, daß sie sich gegenseitig unschädlich machen (in ihrer Wirkung aufheben), ohne sich jedoch zu verzehren, so heben sich auch die aufrechenbaren Forderungen wohl in ihren Wirkungen, nicht aber in ihrem Bestande auf; sie hielten sich die Wage, ohne sich gegenseitig zu vernichten, und wenn es von zwei Forderungen heiße: ipso iure compensatur, so bedeute das nur: die Aufrechenbarkeit, der Zustand des Sich-die-Wage-Haltens, trete ipso iure, ohne menschliches Zutun, ein, die Forderungen höben sich in ihren sämtlichen sonstigen Wirkungen auf (z. B. Klagbarkeit, Zinsenlauf, Verjährung u. a. hörten auf), sie selbst aber blieben bestehen.

Dagegen ist einzuwenden, daß compensare im lateinischen Sprachgebrauch nicht das Intransitivum „sich die Wage halten", sondern das Transitivum „abwägen" bedeutet, und daß wenn es von zwei Forderungen heißt: ipso iure compensatur, sich das Wort nicht auf den Zustand der Aufrechenbarkeit, sondern auf den Vorgang der Aufrechnung bezieht.

---

[1]) Brinz, Lehrb. d. Pand. Bd. 2 S. 419ff.; ders., Jahrb. d. gem. Rechts Bd. 1 S. 24ff.; ders., Krit. VSchr. Bd. 19 S. 321ff.

[2]) Windscheid-Kipp Bd. 2 S. 289ff.

[3]) Brinz, Krit. VSchr. Bd. 19 S. 339ff.

Daß compensare nur diesen Sinn hat, geht schon aus der Definition Modestins (l. 1 D. 16, 2) hervor: compensatio est debiti et crediti inter se contributio. Und wenn es bei Paulus (l. 76 US. 51 ad ed.): dedisse intellegendus est etiam is qui permutavit aut compensavit und ferner in l. 4 D. 20, 4: nec enim interesse, solverit an pensaverit heißt, so erhellt schon daraus, daß compensare die Bedeutung: „sich die Wage halten" nicht haben kann, daß die compensatio vielmehr der solutio völlig gleichsteht.

II. Außer auf die eben widerlegte Bedeutung des Wortes compensare stützt sich diese sogen. Affektionstheorie, nach welcher sich die Forderungen gegenseitig in der Weise affizieren, daß sie sich nach der Seite ihrer Wirksamkeit aufheben, noch auf zwei Anzeichen, die sich aus den Quellen ergeben sollen.

Die Anhänger der Affektionstheorie behaupten nämlich:

1. Erstens werde in den Quellen von einer Hemmung des Zinsenlaufes durch die bloße Kompensabilität gesprochen. Daraus gehe hervor, daß sich die Forderungen schon durch ihr Gegenübertreten von selbst „kompensieren", d. h. nach der Seite der Zinsenwirkung aufheben.

2. Zweitens geben die Quellen dem Schuldner, der in Unkenntnis seines Aufrechnungsrechtes gezahlt hat, ein Kondiktionsrecht. Daraus gehe hervor, daß der Schuldner eine Nichtschuld gezahlt habe, daß also die Forderungen sich durch ihr bloßes Gegenübertreten ipso iure, von selbst „kompensiert", d. h. sich ipso iure nach der Seite der Beitreibungswirksamkeit aufgehoben hätten.

III. Was die erste Behauptung, die bloße Kompensabilität bewirke eine Hemmung des Zinsenlaufes, betrifft, so stützen sich die Anhänger[1]) der Affektionstheorie hauptsächlich auf die l. 4 C. 4, 31: si constat pecuniam invicem deberi, ipso iure pro soluto compensationem haberi oportet ex eo tempore, ex quo ab utraque parte debetur, eiusque solius, quod amplius apud alterum est usurae debentur, si modo petitio earum subsistit.

Wenn man dem Geist der lateinischen Sprache keine Ge-

[1]) Brinz, Lehrb. Bd. 2 S. 419 ff.; Windscheid, Lehrb. Bd. 2 S. 289 ff.

walt antun will, so kann die Übersetzung dieser Stelle nur lauten:

Wenn zwei Personen festgestelltermaßen einander Geld schulden, so muß ohne weiteres die Kompensation der Zahlung gleichgeachtet werden vom Zeitpunkte der ersten Kompensabilität an, und Zinsen können nur von dem Überschuß, der sich auf der einen Seite ergibt, gefordert werden, sofern dieser Zinsanspruch überhaupt besteht.[1])

Mit keinem Wort ist hier davon die Rede, daß schon die Kompensabilität die Hemmung des Zinsenlaufes bewirke; es heißt ausdrücklich: compensatio pro soluto habenda est: die vollzogene Kompensation ist der Zahlung gleichzuachten; erst sie hemmt die Zinsen mit rückwirkender Kraft. Die Hemmung des Zinsenlaufes ist eine Folge erst der compensatio, des Kompensationsvollzuges.

In demselben Sinne sprechen sich auch die l. 5 C. 4, 31; die l. 11 eod.; die l. 12 eod. und die l. 7 C. 8, 42 aus.[2])

IV. Ebenso hinfällig ist auch das andere Argument, das für die Berechtigung der Affektionstheorie geltend gemacht wird.

Unzweifelhaft steht nämlich nach l. 10 § 1 D. 16, 2 und l. 30 D. 12, 16 demjenigen, der in Unkenntnis seines Aufrechnungsrechtes gezahlt hat, eine condictio indebiti zu. Aus diesem Umstande schließen die Anhänger[3]) der Affektionstheorie, daß schon die Kompensabilität die Forderungen in der Art affiziere, daß aus jeder von ihnen ein indebitum, eine Nichtschuld, geworden sei.

Zugegeben soll ohne weiteres werden, daß dieses Kondiktionsrecht in die hier vertretene Theorie, nach welcher die Hauptwirkung der Aufrechnungslage das Aufrechnungsrecht ist, recht schlecht hineinpassen will. Die Konsequenz dieser Theorie würde zu dem Resultate führen: Derjenige, welcher bar gezahlt hat, hat von seinem Aufrechnungsrecht keinen Gebrauch ge-

---

[1]) Ebenso Dernburg S. 336, 585; Ubbelohde S. 208; Bethmann-Hollweg, Rhein. Mus. Bd. 1 S. 271; Stampe S. 26; a. A. Siber S. 76; Brinz S. 21; Eisele, Komp. S. 154.

[2]) Hierzu vgl. Dernburg S. 587; Stampe S. 29.

[3]) Windscheid-Kipp S. 465.

macht; die Forderung ist durch Realerfüllung erloschen. Für ein Kondiktionsrecht ist in dieser Theorie kein Platz.[1])

Insoweit würde auch Windscheids[2]) Einwand: „Ein debitum, welches aufgehoben werden kann (durch Kompensation), ist deswegen kein indebitum", gerechtfertigt sein.

Aber man muß folgendes erwägen:

Dem römischen Recht schien es unbillig, daß die Vorteile, die das Recht bietet (hier: sich durch Aufrechnung zu befreien), nur deswegen verloren gehen sollen, weil er dieses Recht nicht kennt.

Die aequitas sprach dagegen, und deswegen gab hier das römische Recht eine condictio indebiti, die ein „Organ der bona fides" ist. (Haec condictio ex bono et aequo introducta . . . l. 66 D. 12, 16.)[1])

Diese condictio ist also eine Durchbrechung unseres Grundsatzes zugunsten der aequitas. Das haben auch die Römer in ihrem unvergleichlichen juristischen Empfinden herausgefühlt. Sie haben gemerkt, daß diese condictio keine eigentliche condictio im technischen Sinne, keine Rückforderung einer unverschuldet bewirkten Leistung ist, und deshalb sprechen sie in beiden angeführten Stellen nur von einer condictio quasi indebito soluto und einer condictio veluti indebiti soluti.

Die Annahme einer Affizierung der Forderungen im Brinz-Windscheidschen Sinne dürfte demnach verfehlt sein. Und doch ist ein richtiger Gedanke in dieser Lehre enthalten, der jedoch infolge einer nicht genügend scharfen Formulierung nicht deutlich hervortritt.

Eine Forderung, der eine kompensable Forderung gegenübersteht, ist zwar sicherlich kein indebitum. Es fehlt dieser Forderung auch nicht die Klagbarkeit in dem Sinne, daß sie die actio verlöre. Eine vollgültige obligatio — nicht bloß eine naturalis obligatio — und die actio sind also vorhanden. Aber die Geltendmachung der Forderung verstößt gegen die bona

---

[1]) vgl. auch Eisele, Arch. Bd. 55 S. 194; Schwanert S. 12ff. und Siber S. 70.

[2]) Hierzu vgl. insbesondere Stampe S. 24.

fides, und deshalb ist, sobald die Kompensation von der Gegenpartei erklärt wird, die Aufrechnung zuzulassen und die Klage insoweit abzuweisen. Aber die Klageabweisung ist noch nicht eine Folge der bloßen Kompensabilität; diese bewirkt noch nicht, daß die Forderungen „gehemmt", „affiziert" werden; sie hat nur die Möglichkeit zur Folge, daß die eine Forderung durch Geltendmachung der Gegenforderung nicht nur nicht gehemmt, sondern sogar vernichtet werden kann.

Die Aufrechnungslage bewirkt demnach keine Affizierung der Forderungen. Sie hat vielmehr nur ein beiderseitiges Aufrechnungsrecht zur Folge, durch dessen Vorhandensein die Forderungen vernichtet werden können.

Die bisherigen Ausführungen hatten sich nur mit den beiden aufrechenbaren Forderungen und ihrem Verhältnis zueinander zu befassen. Unberücksichtigt konnten die anderen Wirkungen der Aufrechnungslage bleiben, die erst dadurch zutage treten, daß andere Rechtsinstitute, z. B. Bürgschaft, Zession, auf die aufrechenbaren Forderungen hinübergreifen. (Nebenwirkungen der Aufrechnungsklage.)

Bisher kam es lediglich darauf an, den Nachweis zu führen, daß — wie Stampe[1]) es kurz präzisiert — „im römischen Recht die Koexistenz für sich allein lediglich die folgende Wirkung hat: in allen Fällen, wo eine gesetzliche Kompensationsbefugnis anerkannt wird, ist sie, die Koexistenz, die alleinige Erzeugerin des Rechtes auf Kompensation".

---

[1]) Stampe S. 15.

Zweiter Abschnitt.

Heutiges Recht.

§ 10.

Die rechtliche Natur des Aufrechnungsrechtes.

I. Die gesetzlichen Bestimmungen über die Aufrechnung im Bürgerlichen Gesetzbuch und der Zivilprozeßordnung.

Nach heutigem Recht sind Voraussetzung[1]) der Aufrechnung zwei gültige, weder mit einer dilatorischen noch peremtorischen Einrede[2]) im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuches behaftete, gegenseitige, gleichartige Forderungen, von denen die des Aufrechnenden fällig sein muß.[3]) Sind diese Voraussetzungen vorhanden, so gibt das Gesetz jedem Gläubiger der beiden Forderungen das Recht, seine Forderung gegen die Forderung des anderen aufzurechnen. Die Aufrechnung erfolgt durch einseitige empfangsbedürftige, keine Bedingung oder Befristung vertragende Willenserklärung.[4]) Sie hat zur Folge, daß die Forderungen, soweit sie sich decken, als in dem Zeitpunkte erloschen gelten, in welchem sie zum ersten Male einander kompensabel gegenüberstanden.[5])

---

[1]) § 387 BGB.

[2]) Fischer-Henle zu § 390 BGB.

[3]) Zu beachten ist, daß die Forderung des Aufrechnungsgegners noch nicht fällig zu sein braucht (§ 271 BGB.).

[4]) § 388 BGB.

[5]) § 389 BGB.

Was die Geltendmachung der Aufrechnung seitens des Beklagten im Prozesse anbetrifft, so bestimmt § 145 ZPO., daß, falls die Gegenforderung mit der Klageforderung nicht in rechtlichem Zusammenhange steht, das Gericht befugt ist, anzuordnen, daß über die Forderungen getrennt verhandelt werde. Ist der Rechtsstreit schon so weit gediehen, daß die Verhandlung über die Klageforderung zur Entscheidung reif ist, die Verhandlung über die Gegenforderung noch nicht, so kann die Entscheidung nur über die Klageforderung erfolgen. In diesem Urteile ist jedoch die Entscheidung über die Aufrechnung vorzubehalten. Insoweit bleibt der Rechtsstreit anhängig. Stellt sich in dem weiteren Verfahren heraus, daß die Aufrechnung zu Recht erklärt war, so ist das unter Vorbehalt ergangene Urteil aufzuheben, der Kläger abzuweisen und über die Kosten anderweit zu entscheiden (§ 302 ZPO.).

Die Geltendmachung der Aufrechnung erst in der Berufsinstanz ist nur dann zulässig, wenn entweder der Kläger in die Geltendmachung einwilligt oder der Beklagte glaubhaft macht, daß er ohne sein Verschulden außerstande gewesen sei, die Aufrechnung in erster Instanz geltend zu machen. Sonst ist der Beklagte mit seiner Einwendung zurückzuweisen (§ 529 Abs. 3 ZPO.). Das über die Klageforderung ergehende Urteil muß jedoch dem Beklagten die Geltendmachung der Aufrechnung vorbehalten. Insoweit bleibt dann der Rechtsstreit in der Berufsinstanz anhängig. In dem Umfange, in dem sich dann die Aufrechnung als begründet herausstellt, ist das Vorbehaltsurteil aufzuheben und die Klage abzuweisen (§§ 540, 541 ZPO.).

An der Hand dieser gesetzlichen Bestimmungen soll nunmehr untersucht werden, ob die Aufrechnungslage als solche bereits irgendwelche Rechtswirkungen hervorbringt und welcher Art dieselben sind.

II. Das Aufrechnungsrecht ist kein Anfechtungsrecht.

Aus § 387 BGB.: „Schulden zwei Personen einander Leistungen, die ihrem Gegenstande nach gleichartig sind, so kann jeder Teil seine Forderung gegen die Forderung des anderen Teiles aufrechnen, sobald er die ihm gebührende Leistung fordern

und die ihm obliegende Leistung bewirken kann" läßt sich mit Gewißheit als Wirkung der Aufrechnungslage nur ein durch Parteivereinbarung ausschließbares Aufrechnungsrecht folgern. Die Aufrechnungslage bewirkt also auch heute ein Aufrechnungsrecht.

Als was stellt sich dieses Recht dar? Läßt es sich unter einen Oberbegriff bringen?

Die im § 389 BGB. ausgesprochene rückwirkende Kraft der Aufrechnungserklärung hat dazu geführt, das Aufrechnungsrecht als eine Art Anfechtungsrecht aufzufassen. Werde doch in beiden Fällen durch eine Willenserklärung das eine Mal eine Forderung, das andere Mal ein Rechtsgeschäft mit rückwirkender Kraft aufgehoben. Aber das Aufrechnungsrecht ist mehr als ein bloßes Anfechtungsrecht. Bei der obigen Schlußfolgerung ist nämlich übersehen, daß in der Aufrechnungserklärung gleichzeitig die Tilgung der eigenen Forderung, also nicht nur die Tilgung der Forderung des Aufrechnungsgegners, sondern auch ein Verzicht auf die eigene Forderung liegt.

Die Aufrechnungslage bewirkt also kein Anfechtungsrecht.

III. Das Aufrechnungsrecht eine Einrede im Sinne der Zivilprozeßordnung, keine Einrede im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuchs.

Ist das Aufrechnungsrecht ein Einrederecht?[1])

Bevor man an die Beantwortung dieser Frage herantritt, muß man in Betracht ziehen, daß das Aufrechnungsrecht außergerichtlich und im Prozeß geltend gemacht werden kann. Man wird daher den privatrechtlichen Begriff der Einrede scharf zu trennen haben von der Einrede im Sinne der Zivilprozeßordnung.

1. Im Sinne der Zivilprozeßordnung sind Einreden alle die Behauptungen, welche geeignet sind, trotz der Richtigkeit des Klagegrundes Klageabweisung herbeizuführen.[2]) Dann ist natürlich die im Prozeß geltend gemachte Aufrechnung eine Einrede im prozessualen Sinne. Denn wenn die Aufrechnung des Be-

---

[1]) Hierzu vgl. Cosack Bd. 1 S. 360; Siber S. 129.

[2]) vgl. Friedenthal S. 28; Fischer-Henle Anm. 6 zu § 202

klagten rechtswirksam ist, so ist sein Vorbringen geeignet, den an sich begründeten Klageanspruch zu Fall zu bringen. Nicht zu verwechseln hiermit ist der Fall, daß der Beklagte geltend macht, er habe bereits vor der Rechtshängigkeit aufgerechnet. Diese Behauptung stellt, da infolge der Aufrechnung das Erlöschen der Klageforderung behauptet wird, den Klagegrund in Abrede; sie enthält keine Geltendmachung des Aufrechnungsrechtes, sondern die Berufung auf die bereits vollzogene Aufrechnung.

Das durch die Aufrechnungslage hervorgebrachte Aufrechnungsrecht stellt sich demnach dar als ein Einrederecht im Sinne der Zivilprozeßordnung.

2. Was die privatrechtliche Seite dieser Frage anbetrifft, so ist zunächst der Begriff der Einrede von der Einwendung zu unterscheiden.

Bei beiden Begriffen handelt es sich im Gegensatze zur Einrede und Einwendung im Sinne der Zivilprozeßordnung nicht nur um behauptete, sondern um wirklich bestehende privatrechtliche Rechtshindernisse.[1])

Unter Einwendung versteht das Bürgerliche Gesetzbuch „alle privatrechtlich erheblichen Umstände, sofern sie als Mängel eines Rechtes erscheinen".[2])

Fischer[3]) wollte sogar die „Einwendung" durch den Ausdruck „Mangel" ersetzt wissen. Dann ist das Aufrechnungsrecht zweifellos eine Einwendung im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Denn bereits im § 7 II haben wir es als ein Recht bezeichnet, welches die Forderung insofern mit einem „Mangel" behaftet, als ihr Gläubiger es sich gefallen lassen muß, anstatt durch Bezahlung durch eine bloße Verrechnung befriedigt zu werden.

Aber mit der Subsumierung unter diesen weiten Begriff der Einwendung, der alles umfaßt, was der Beklagte mit Erfolg vorbringen kann, ist nichts gewonnen. Es soll nun untersucht

---

[1]) Hierzu vgl. Fischer-Henle Anm. 6 zu § 202; Friedenthal S. 34.

[2]) Friedenthal S. 37.

[3]) Fischer S. 100, 101.

werden, ob sich das Aufrechnungsrecht unter den engeren Begriff der Einrede im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuchs unterbringen läßt.

Er ist zwar im Gesetz nirgends definiert, aber nach den in den Vorarbeiten zum Bürgerlichen Gesetzbuch zum Ausdruck gekommenen Ansichten der Redaktoren muß man annehmen, daß unter Einrede ein Leistungsverweigerungsrecht verstanden werden soll.[1]) Ein solches Recht setzt auf der einen Seite voraus, daß die Leistung geschuldet wird, daß also die obligatio besteht, und daß auf der anderen Seite trotz Fortbestehens dieser obligatio ein Recht vorhanden ist, durch dessen Geltendmachung die Geltendmachung des Anspruchs ausgeschlossen wird.[2]) Wenn also z. B. der beklagte Bürge die Einrede der Vorausklage zu Recht erhebt, so muß der Gläubiger mit seiner Klage abgewiesen werden, aber nur, weil sein Anspruch mit einer Einrede behaftet ist. Der Anspruch selbst besteht fort und kann jederzeit — nicht etwa erst nach Fortfall der Einrede, also nachdem hier der Kläger die Zwangsvollstreckung gegen den Hauptschuldner ohne Erfolg versucht hat — geltend gemacht werden, ohne daß dieser neuen Klage die Rechtskraft des ersten Urteils entgegensteht.[3])

Einen ganz anderen Charakter hat das Aufrechnungsrecht; durch seine Geltendmachung geht die Forderung, an der es haftet, unter. Die Aufrechnung richtet sich gegen den Bestand des Anspruchs, die „Einrede nur gegen seine Durchsetzung".[4])

Das Aufrechnungsrecht gewährt also keine Einrede im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuchs.

IV. Das Aufrechnungsrecht kein Recht auf Selbstzahlung.

Unrichtig sind die Ansichten, daß das Aufrechnungsrecht als eine „Selbstzahlung"[5]) oder eine „Anweisung zur Zahlung

---

[1]) vgl. hierzu Friedenthal S. 38ff.

[2]) Fischer S. 103; Heymann S. 144, 161.

[3]) Friedenthal S. 68.

[4]) Friedenthal S. 62.

[5]) Krug S. 6; hierzu vgl. auch Vangerow, Pand. S. 351; Dernburg S. 359.

an sich selbst“ [1]) zu konstruieren sei, da eine Zahlung an sich selbst juristisch ganz undenkbar ist.[2])

Gegen die Auffassung Sibers,[3]) das Aufrechnungsrecht sei ein Erfüllungssurrogat, eine Leistung, nämlich „ein Forderungserlaß an Erfüllungsstatt“, wendet Weigelin[4]) mit Recht ein, daß die Leistung an Erfüllungsstatt ein „Vertrag sei, vermöge dessen ein Schuldner seinem Gläubiger einen anderen als den geschuldeten Gegenstand mit tilgender Wirkung leisten darf, während doch die Aufrechnung ein streng einseitiges Rechtsgeschäft sei“.

V. Das Aufrechnungsrecht kein Pfandrecht an der eigenen Schuld.

Eine eigenartige Theorie hat Weigelin[5]) aufgestellt. Nach ihr bewirkt die Aufrechenbarkeit ein Pfandrecht an der eigenen Schuld. Weigelin geht von dem Gedanken aus, die Aufrechnung habe den Zweck, den Gläubiger für seine Forderung zu sichern, und zwar sichere sie ihm dadurch, daß sie ihm ein Pfandrecht gebe an der Forderung, die seinem Schuldner gegen ihn selbst, den Gläubiger, zustehe. Hier vereinige der Pfandgläubiger in seiner Person zwei Rechtsstellungen: die des Schuldners der gepfändeten Forderung und die des Pfandgläubigers. Zur Verwertung könne er dieses Pfandrecht bringen durch Erklärung an den Forderungsgläubiger, wodurch er „auf dem einfachsten Wege zu seiner Befriedigung gelange“.

Der Aufrechnende, dem zur Sicherung seiner Forderung ein Pfandrecht zustehe an der Forderung des Gegners, deren Schuldner er, der Aufrechnende, selbst sei, befriedige sich also durch einfache Willenserklärung; er bringe dieses Pfandrecht durch die Aufrechnungserklärung zur Verwertung.

---

[1]) Kohler, Zeitschr. f. d. Zivilpr. Bd. 24 S. 2ff.

[2]) Wie hier Liebknecht, Vorbehaltszahlung S. 106 N. 6; Weigelin S. 35.

[3]) Siber S. 136, 137; vgl. auch Windscheid-Kipp S. 470 N. 14.

[4]) Weigelin S. 36.

[5]) Weigelin insbesondere S. 22ff.

Nun ist allerdings richtig, daß sich in vielen Beziehungen eine seltsame Ähnlichkeit des Rechts zur Aufrechnung mit dem Pfandrecht ergibt. So findet § 390 Abs. 2 BGB., wonach die Kompensabilität die Verhinderung der Entwertung der Forderungen durch die Verjährung bewirkt, sein Gegenstück in § 223 BGB., nach welchem „die Verjährung eines Anspruchs, für den eine Hypothek oder ein Pfandrecht besteht, den Berechtigten nicht hindert, seine Befriedigung aus dem verhafteten Gegenstande zu suchen". Dieselbe Übereinstimmung zeigt sich auch im Konkurse, wo sich die Pfandrechtsnatur der Aufrechnung darin offenbart, daß sie den Aufrechnenden ebenso stellt wie einen absonderungsberechtigten Pfandgläubiger; der Aufrechnungsberechtigte kann sich gewissermaßen außerhalb des Konkurses befriedigen, indem ihm § 53 KO. das Recht gibt, seine Forderung nicht im Konkursverfahren geltend zu machen.

Aber alle diese Erscheinungen sind doch nur Ähnlichkeiten, die sich zwar aus einer Verwandtschaft des Aufrechnungsrechts mit dem Pfandrecht und noch mehr mit dem Zurückbehaltungsrecht ergeben. Es erscheint jedoch nicht angängig, um dieser Ähnlichkeiten willen das Aufrechnungsrecht unter den Pfandrechtsbegriff oder gar unter die Pfandrechtsgesetze zu subsumieren.

Auf der Ähnlichkeit dieser beiden Rechtsinstitute fußen die Ansichten, welche das Aufrechnungsrecht als eine „Selbstexekution",[1]) eine „Selbstbefriedigung",[2]) ein „Zwangsverwertungsrecht"[3]) konstruieren. Die Vertreter dieser Ansichten geben zwar die Ähnlichkeit des Aufrechnungsrechts mit dem Pfandrecht zu, halten sich jedoch von dem Fehler frei, die beiden Rechtsinstitute völlig zu identifizieren.

Aber auch mit der Subsumierung des Aufrechnungsrechtes unter die wenig scharfen Begriffe eines Rechtes auf Selbstexekution oder Zwangsverwertung ist nicht viel gewonnen; es genügt die Erkenntnis, daß das Aufrechnungsrecht jedem Teile eine Sicherstellung seiner Forderung gewährt.

---

[1]) Mot. z. BGB. Bd. 2 S. 113; Götte, Arch. Bd. 21 S. 164ff.
[2]) Siber S. 137.
[3]) Fr. Leonhard, Arch. Bd. 21 S. 208ff.

§ 11.

Widerlegung der modernen Affektionstheorie. — Nicht die Aufrechenbarkeit, sondern erst die Aufrechnungserklärung bewirkt die Tilgung der Forderungen.

Aus den bisherigen Ausführungen geht hervor, daß die Aufrechnungslage ein Aufrechnungsrecht, ein Recht des rechtlichen Könnens, bewirkt, welches sich prozessualisch als eine Einrede darstellt. Die Aufrechenbarkeit erzeugt das Recht, sich statt durch Zahlung durch Aufrechnung zu befreien. So deutlich das auch im § 387 BGB. ausgesprochen ist, so ist dennoch angenommen worden,[1]) daß nach Bürgerlichem Gesetzbuch die Aufrechenbarkeit eine Tilgung der Forderungen bewirke, jedoch nicht eine Tilgung schlechthin, sondern eine suspensiv-potestativ bedingte, nämlich unter der Bedingung, daß die Aufrechnungserklärung erfolgt. Es ist das ein Versuch, den gemeinrechtlichen Streit darüber, ob sich die Forderungen durch ihr Gegenübertreten in ihrer Wirksamkeit hemmen, sich affizieren, oder ob sie sich unberührt gegenüberstehen, auch in das heutige Recht hineinzutragen.

Nach dieser Ansicht treten alle Folgen, die das Gesetz an die vollzogene Aufrechnung knüpft, z. B. das Stillstehen des Zinsenlaufes, das Aufhören des Verzuges u. a., schon mit der Aufrechnungslage ein, jedoch unter der Bedingung der Aufrechnungserklärung. Der Lehrsatz dieser Theorie würde lauten: Die Aufrechnungslage bewirkt die Tilgung der Forderung unter der Bedingung, daß die Aufrechnung erklärt wird. Oder: Weil sich die Forderungen gegenüberstanden, sind sie getilgt, jedoch unter der Bedingung der Aufrechnungserklärung, oder: Die Aufrechnungslage ist Ursache, die Aufrechnungserklärung Bedingung der Tilgung der Forderungen.

Gegen diese Auffassung sprechen zwei Gründe: ihre Zwecklosigkeit und das Gesetz.

---

[1]) So insbesondere Oertmann, Arch. Bd. 13 S. 125, Bd. 14 S. 356ff.; Oertmann, Recht der Schuldverhältnisse N. 3 zu § 387; Endemann, Lehrb. S. 824.

Wenn man nämlich, wie Kipp[1]) ausführt, den Begriff der Bedingung nur deswegen einführt, um die Rückwirkung der Aufrechnung zu erklären, so wäre das verfehlt. Denn die aufschiebende Bedingung des § 158 BGB. hat keine rückwirkende Kraft; sie wirkt ex nunc. „Soll man sich aber diese gesetzliche suspensiv bedingte Tilgung nicht nach Analogie der rechtsgeschäftlichen Bedingung denken, so ist nicht abzusehen, was man mit der Aufstellung dieses Begriffes zur Erklärung jenes Vorgangs gewonnen hat."

Aber gegen diese Affektionstheorie spricht sich auch das Gesetz ausdrücklich im § 389 BGB. aus. Es sagt, nicht die Aufrechenbarkeit, sondern die Erklärung, „die Aufrechnung bewirkt, daß die Forderungen, soweit sie sich decken, als in dem Zeitpunkt erloschen gelten, in welchem sie zur Aufrechnung geeignet einander gegenübergetreten sind".

Schon aus dem Ausdruck „gelten" geht hervor, daß nach Ansicht des Gesetzgebers die Forderungen ungestört ihre Wirkungen weiter ausgeübt haben; die Zinsen sind weiter gelaufen, die Vertragsstrafen sind fällig geworden, Verzug und Verjährung sind eingetreten.

Der hiermit verworfenen Ansicht: Die Aufrechnungslage ist Ursache, die Erklärung Bedingung der Tilgung der Forderungen, können wir, gestützt auf das Gesetz, den Satz entgegenstellen: Die Aufrechnungserklärung bewirkt die Tilgung der Forderungen, natürlich unter der Voraussetzung der Aufrechenbarkeit, oder: Die Aufrechnungserklärung ist die Ursache, die Aufrechnungslage Voraussetzung der Tilgung der Forderung. Ganz so müßig, wie Weigelin[2]) annimmt, ist die Feststellung dieses Unterschiedes nicht. Praktische und juristisch bedeutsame Gründe lassen seine Präzisierung bedeutsam erscheinen.

I. Wir denken uns folgenden Fall: Der Gläubiger A hat gegen seinen Schuldner B ein rechtskräftiges Urteil auf Zahlung einer Geldsumme erlangt. Nun erklärt B dem A gegenüber die Aufrechnung mit einer ihm gegen den A bereits zur Zeit des

---

[1]) Windscheid-Kipp S. 475.
[2]) Weigelin S. 11.

Rechtsstreites zustehenden Forderung. Es kann nach § 389 BGB. kein Zweifel bestehen, daß durch diese Erklärung die Forderungen, soweit sie sich decken, erloschen sind. Aber durch diese Erklärung wird noch nicht der prozessuale Vollstreckungstitel aufgehoben; der besteht fort. Er kann, obwohl seine Voraussetzung, eine Schuld des B an A, nicht mehr besteht, durch eine einseitige Aufrechnungserklärung nicht aufgehoben werden. Dazu bedarf es der Vollstreckungsgegenklage des § 767 ZPO., durch welche der Verurteilte geltend macht, daß der durch das Urteil festgestellte Anspruch infolge seiner Aufrechnungserklärung nicht mehr besteht. Hier behaupten die Anhänger der von uns bekämpften Ansicht, die Aufrechnungslage sei Grund der Forderungstilgung, der § 767 ZPO. könne hier nicht herangezogen werden, da die Voraussetzung des § 767 Abs. 2 ZPO. nicht erfüllt sei, daß nämlich der Grund, auf welchem die Einwendung beruht, erst nach Schluß der mündlichen Verhandlung entstanden sein muß. Denn der Grund, auf welchen sich die Einwendung in unserem Falle stützt, sei die Aufrechnungseinrede, und diese bestehe schon in dem Zeitpunkt, in welchem die Aufrechenbarkeit vorliege.[1])

Zu einem anderen Resultate müssen wir auf Grund unserer vorhin bewiesenen Ansicht gelangen, daß das forderungstilgende Moment erst in der Aufrechnungserklärung zu finden sei. Der „Grund" dieser Klage entsteht eben erst mit der Aufrechnungserklärung, hätte also, da erst nach Erlaß des Urteils aufgerechnet worden ist, vor seinem Erlaß noch gar nicht geltend gemacht werden können. Ebenso wie hier Planck,[2]) Struckmann-Koch,[3]) Förtsch,[4]) Eccius,[5]) Petersen,[6]) Fr. Leonhard[7]) und Reichsgericht Bd. 6 S. 72. Und dieses Ergebnis ist auch

---

[1]) So insbesondere Gaupp-Stein, Komm. zu § 767; Hellwig, Anspruch und Klagerecht S. 20, 407; Seuffert, Komm. zu § 767.

[2]) Planck, Komm. zu § 389 N. 4 a. E.

[3]) Struckmann-Koch, Komm. S. 860.

[4]) Förtsch in Gruchots Beitr. Bd. 42 S. 229.

[5]) Eccius ebenda S. 255.

[6]) Komm. zu § 767.

[7]) Fr. Leonhard S. 156; ebenso auch Weißmann, Zeitschr. f. d. Zivilpr. Bd. 26 S. 24.

ein sehr gesundes und wünschenswertes. Denn erstens ist nicht einzusehen, warum der verurteilte Schuldner wohl die Möglichkeit haben kann, die Klage aus § 767 ZPO. anzustrengen, wenn er nach Erlaß des Urteils gezahlt hat, obwohl er vielleicht schon vorher hätte zahlen können, ihm aber diese Klage versagt werden soll, wenn er erst nach Erlaß des Urteils aufrechnet, obwohl er schon vorher hätte aufrechnen können. Zweitens aber ist, wie Fr. Leonhard[1]) hervorhebt, nicht zu befürchten, daß mit diesem nachträglichen Kompensationsrecht Mißbrauch getrieben wird, da doch „der Schuldner ohnehin ein erhebliches Interesse daran hat, die Aufrechnung schon während des Rechtsstreits vorzunehmen, da er so den Umweg der Klage aus § 767 ZPO. spart".

Wir sehen also, unsere Ansicht, die Aufrechnungserklärung ist Ursache der Tilgung der Forderungen, die aufrechenbaren Forderungen stehen sich völlig unberührt gegenüber, führt zu brauchbaren Resultaten.

Immer ist daran festzuhalten, daß, wie schon im römischen Recht, so auch im Bürgerlichen Gesetzbuch die Forderungen durch ihr Gegenübertreten sich in ihrem Bestande in keiner Weise beeinflussen. Ein durchschlagender Beweis für die gegenteilige Ansicht ist nicht vorhanden. Ist es doch überhaupt im Augenblicke des Gegenübertretens der beiden Forderungen völlig ungewiß, ob die Parteien von ihrem Aufrechnungsrechte späterhin Gebrauch machen werden.

II. Vom Standpunkte der hier vertretenen Theorie ist auch demjenigen, der in Unkenntnis seines Aufrechnungsrechtes gezahlt hat, im heutigen Recht eine condictio indebiti zu versagen. Denn wie wir im § 9 III gesehen haben, ist die Gewährung der condictio indebiti eine im römischen Recht ausdrücklich statuierte Durchbrechung des Prinzips der Nichtaffizierung der Forderungen aus Billigkeitsgründen. Das Bürgerliche Gesetzbuch enthält aber eine solche Bestimmung nicht. Ebenso Siber.[2])

---

[1]) Fr. Leonhard S. 157.

[2]) Siber S. 133; a. M. Kohler, Zeitschr. f. d. Zivilpr. Bd. 20 S. 19ff.; v. Hertzberg S. 38; Liebknecht, Vorbehaltszahlung S. 108ff.; Windscheid-Kipp S. 478.

„Aber sie könnte als Folge der Aufrechenbarkeit nur statthaft sein, wenn das Gesetz sie durch besondere Ausnahmebestimmungen zuließe; und das ist nicht geschehen.“ Man kann eben dieses Kondiktionsrecht nicht auf § 812 BGB. stützen. Der Schuldner, der in Unkenntnis seines Aufrechnungsrechts gezahlt hat, hat den Gläubiger befriedigt. Man kann nicht sagen, daß dieser die Zahlung „ohne rechtlichen Grund“ erlangt habe.[1]) Durch die Aufrechnungslage hat sich an dem Bestand der Forderungen nichts geändert. Vollkommen auf dem Boden der hier vertretenen Ansicht steht das Reichsgericht,[2]) welches diesen Grundsatz in voller Klarheit ausspricht:

„Die beiden Forderungen stehen sich objektiv völlig fremd, gleichgültig und wirkungslos gegenüber. Nur der Wille der Forderungsberechtigen setzt sie zueinander in Beziehung und Wirkung. Dieser Wille kann aber erst mit dem Zeitpunkte seiner Erklärung und von diesem Zeitpunkte ab Wirkung üben. Auf einen früheren Zeitpunkt zurückwirken kann er nicht, da die Rückwirkung überhaupt etwas Begriffswidriges und Unmögliches, weil dem Wesen der Ursächlichkeit Widerstreitendes, ist. Möglich ist nur, daß das Gesetz durch positive Satzung anordnet, es solle die Rechtslage so angesehen und so behandelt werden, als ob die Wirkung der Aufrechnungserklärung schon in einem vor ihr liegenden Zeitpunkt, nämlich in dem Zeitpunkt, wo die beiden Forderungen einander aufrechnungsfähig gegenüberstanden, eingetreten sei. Das ist keine objektive Rückwirkung, sondern lediglich subjektive Rückbeziehung. Es wird fingiert, daß das, was in Wirklichkeit erst in einem späteren Zeitpunkte geschehen ist, sich bereits früher ereignet habe“.

§ 12.

Die Aufrechnungslage im Zivilprozeß.

I. In der Berufungsinstanz.

Es soll nun noch die Frage erörtert werden, ob etwa im Prozeß die Aufrechnungslage besondere Rechtswirkungen ausübt.

---

[1]) Ebenso Planck zu § 389 Anm. 3 und Mot. II S. 109, 832.

[2]) RG. Bd. 66 S. 273.

Die im § 10 I erwähnten Erscheinungen, die Befugnis des Gerichts für den Fall, daß die Gegenforderung nicht im rechtlichen Zusammenhange mit der Klageforderung steht, über die Aufrechnung gesondert zu entscheiden (§ 145 Abs. 3 ZPO.), wenn die Verhandlung über die Klageforderung zur Entscheidung reif ist, diese unter Vorbehalt der Entscheidung über die Aufrechnung erfolgen zu lassen (§ 203 ZPO.), und die Pflicht des Gerichts, unter den Voraussetzungen des § 529 Abs. 3 ZPO. die erst in der Berufungsinstanz erhobene Aufrechnungseinrede zurückzuweisen — alle diese Erscheinungen sind in Wirklichkeit keine Wirkungen der Aufrechnungslage. Die in den §§ 145, 302, 529 ZPO. getroffenen Bestimmungen sind lediglich prozeß-politischer Natur. Sie dienen nur dem Zwecke, welchen im römischen Rechte das Erfordernis der Liquidität verfolgte. Sie sollen verhindern, daß ein böswilliger Schuldner durch unbeschränktes Vorbringen der Aufrechnung in jeder Lage des Rechtsstreits es in der Hand hat, denselben nach Belieben zu verzögern und in die Länge zu ziehen. Diese Bestimmungen sind, wie der Fall der §§ 279, 540, 541 ZPO. beweist, in welchem unter gewissen Voraussetzungen alle Verteidigungsmittel schlechthin in derselben Weise wie die Aufrechnungseinrede zurückgewiesen werden können, nicht durch den typischen Fall der Aufrechnungslage bedingt.

II. Die Wirkung der Aufrechnungslage auf die Prozeßkosten.

Wohl aber ist dies der Fall bei einer Erscheinung im Prozesse, bei der Kostenentscheidung. Wir nehmen folgenden Fall an:

A und B schulden sich je 100. A klagt die 100 ein, B erkennt den Anspruch des A sofort an, rechnet aber jetzt erst mit seinen 100 auf; A gibt die Gegenforderung sofort als richtig zu.

Dann muß zweifellos das Urteil in der Hauptsache auf Klageabweisung ergehen.

Wer hat aber die Kosten zu tragen?

Es wäre unrichtig, dem Kläger lediglich auf Grund der formalen Vorschrift des § 91 ZPO. die Kosten aufzuerlegen,

weil er im Sinne des § 91 ZPO. die „unterliegende Partei“ ist. Denn er hat, was er wollte; er ist für seine Klageforderung durch das infolge der Aufrechnung erfolgte Erlöschen der Gegenforderung in Höhe von 100 befriedigt. Wenn B sofort nach Anerkennung der Klageforderung die 100 gezahlt hätte, so würde er im Regelfalle unzweifelhaft die Kosten zu tragen haben. Wieso kommt es, daß im Falle der Zahlung den B, im Falle der Aufrechnung aber den A die Kostenlast trifft? Diese Erscheinung ist auf folgende Weise zu erklären: In unserem Falle ist nicht außer acht zu lassen, daß der Beklagte den Klageanspruch sofort anerkannt hat. Nach § 93 ZPO. fallen dann dem Kläger die Prozeßkosten zur Last, wenn der Beklagte durch sein Verhalten nicht Veranlassung zur Klage gegeben hat. Hat nun im vorliegenden Falle der Beklagte durch sein Verhalten zur Klage Veranlassung gegeben? Diese Frage ist zu verneinen. Denn ein Beklagter, der gegen den Kläger zur Zeit der Klageerhebung eine unstreitige Gegenforderung hat, hat durch sein Verhalten niemals Veranlassung zur Klage gegeben. Er konnte abwarten. Wie wir in den §§ 7 III, 9 gesehen haben, war ja das Klagerecht des A insofern mit einem Mangel behaftet, als seine Forderung durch die Geltendmachung des Aufrechnungsrechts der völligen Vernichtung ausgesetzt war. Mit diesem Mangel konnte der Beklagte rechnen; er durfte auf sein Recht, den Kläger anstatt durch Zahlung durch Aufrechnung zu befriedigen, bauen.

Und wenn andererseits der Kläger wegen seines Anspruchs befriedigt werden wollte, so mußte er vorerst den zunächst liegenden Weg beschreiten; bevor er den Weg des Prozesses einschlug, mußte er sich durch das einfache Mittel, welches ihm das Gesetz gibt, durch Aufrechnungserklärung befriedigen. Tat er dies nicht, so handelte er gegen Treu und Glauben. Wir sehen also, der ethische Gedanke, der bereits in Rom dem Aufrechnungsrecht zugrunde lag, der Satz des Paulus: dolo malo facit qui petit quod mox redditurus est, dieser Gedanke beherrscht auch das moderne Recht. Aus Gründen der aequitas, um derenwillen sich der Aufrechnungsgedanke im römischen Recht Bahn gebrochen hatte, muß der Gläubiger, dessen Forde-

rung eine aufrechenbare Forderung seines Schuldners gegenübersteht, diese Forderung berücksichtigen. Tut er es nicht, so klagt er zu Unrecht.

Wenn auch seine Forderung in ihrem Bestande unverändert ist und ihr auch volle Klagbarkeit zur Seite steht — denn selbst wenn der Kläger in seinem Klagevorbringen das Bestehen einer Gegenforderung des Beklagten erwähnen würde, so müßte im Falle des Ausbleibens des Beklagten dennoch Versäumnisurteil gegen ihn ergehen —, ihre prozessuale Geltendmachung setzt den Kläger, wie einst im römischen Recht vor Marc Aurel dem Prozeßnachteile der Konsumtion, heute dem der Prozeßkosten aus. Im heutigen Recht bewirkt also die Aufrechnungslage durch die Gefahr der Kostentragung einen Zwang auf den Aufrechnungsberechtigten, sich außerhalb des Prozesses durch Aufrechnung zu befriedigen.

§ 13.

Aufrechnungslage und Abtretung.

Bisher war nur von den aufrechenbaren Forderungen als solchen und ihrem Verhältnis zueinander die Rede. Die Aufrechnungslage erzeugt aber noch andere eigenartige Rechtswirkungen, wenn sie mit anderen Rechtsinstituten zusammentrifft.

Welche Rechtsfolgen treten ein, wenn eine der aufrechenbaren Forderungen abgetreten wird?

I. Was das römische Recht betrifft, so finden wir über diese Frage eine direkte Besprechung in den Quellen nicht; nur eine schwache Andeutung bringt die l. 18 D. 16, 2, welche sich auf die Übertragung einer Forderung an einen procurator in rem suam nach der Litiskontestation und seine Aufrechnungsbefugnis mit dieser Forderung nach diesem Zeitpunkte bezieht. Sie läßt jedoch einen Schluß darauf, wie die Römer im Falle einer Zession die Frage geregelt hätten, nicht zu. Sonst finden wir in den Quellen nichts. „Das erklärt sich ganz einfach

daraus, daß es im römischen Recht eine eigentliche Zession nicht gab."[1])

II. Für das heutige Recht wird die Frage durch § 406 BGB. geregelt: „Der Schuldner kann eine ihm gegen den bisherigen Gläubiger zustehende Forderung auch dem neuen Gläubiger gegenüber aufrechnen, es sei denn, daß er bei dem Erwerbe der Forderung von der Abtretung Kenntnis hatte, oder daß die Forderung erst nach der Erlangung der Kenntnis und später als die abgetretene Forderung fällig geworden ist".

Danach kann also der Schuldner jedem neuen Gläubiger seine Forderung an den bisherigen Gläubiger zur Aufrechnung entgegensetzen, vorausgesetzt, daß zur Zeit der Abtretung Kompensabilität zwischen den Forderungen des bisherigen Gläubigers und des Schuldners vorhanden war.

Wenn also im § 7 III gesagt wurde, die Aufrechnungslage „belastet" die Forderung, gegen welche aufgerechnet werden kann, mit einem Aufrechnungsrechte, so war damit nicht zu viel gesagt, denn hier liegt eine wirkliche, dingliche Belastung, eine Loslösung der Forderung, von der Person ihres Inhabers vor. Das Aufrechnungsrecht ist nicht geknüpft an die Person des Gläubigers, sondern an die Forderung als solche.

Bestand zwischen den Forderungen des A und B einmal der Zustand der Aufrechenbarkeit, so kann dem B sein einmal erworbenes Recht, gegen die Forderung des A aufzurechnen, nicht dadurch entzogen werden, daß A seine Forderung an einen Dritten, an C, abtritt. Nach § 406 BGB. kann dann der B mit seiner Forderung an A gegen die Forderung des C aufrechnen.

Die Aufrechnungslage erzeugt ein durch Zession unentziehbares Aufrechnungsrecht.

Jedoch einen Fall glaubt Siber[2]) konstruieren zu können, in welchem die Aufrechnungslage ein durch Zession entziehbares Aufrechnungsrecht erzeugt; jedoch mit Unrecht.

§ 408 BGB. bestimmt nämlich: Wenn A, dem eine Forderung

---

[1]) Siber S. 66.
[2]) Siber S. 102.

gegen X zusteht, diese erst an B und dann an C abtritt, so findet, wenn X an C leistet, zu seinen, des X, Gunsten die Vorschrift des § 407 BGB. Anwendung; d. h. der B muß zugunsten des X diese Leistung gelten lassen; er kann den X nicht mehr belangen, es sei denn, daß der X die Abtretung an den C bei der Leistung kannte. Hier meint nun Siber, da § 408 BGB. nur auf § 407 BGB. und nicht auf § 406 BGB. verweise, könne der X weder dem B noch dem C eine ihm etwa gegen den A zustehende Forderung zur Aufrechnung entgegensetzen, so daß also bei einer mehrmaligen Abtretung derselben Forderung durch ein und denselben Gläubiger der aufrechnungsberechtigte debitor cessus stets sein Aufrechnungsrecht verlieren könne.

Dagegen ist einzuwenden, daß die Aufrechnung sehr wohl unter den Begriff der „Leistung" oder des „Rechtsgeschäftes" im Sinne des § 408 BGB. fällt, und daß es aus diesem Grunde nicht nötig ist, daß § 408 BGB. auch auf § 406 BGB. verweist.[1])

§ 14.

Aufrechnungslage und Bürgschaft.

Noch auf ein anderes Rechtsgebiet ist die Aufrechnungslage von Einfluß, auf die Bürgschaft.

Wie ist die Stellung des Bürgen, wenn dem Gläubiger und dem Hauptschuldner gegeneinander aufrechenbare Forderungen zustehen? Kann hier der Bürge in Anspruch genommen werden, wenn weder der Gläubiger noch der Hauptschuldner von ihrem Aufrechnungsrechte Gebrauch machen?

I. Was das römische Recht betrifft, so wird dieser Fall am deutlichsten geregelt durch die l. 4 D. 16,2: si quid a fideiussore petetur, aequissimum est eligere fideiussorem, quod ipsi an quod reo debetur compensare malit: sed et si utrumque velit compensare, audiendus est.[2])

Diese Stelle spricht mit klaren Worten aus, daß der Bürge,

---

[1]) Ebenso auch Planck zu § 408 BGB.; Hellmann, Krit. VSchr. Bd. 42 S. 159.

[2]) Hierzu vgl. insbesondere Fr. Leonhard S. 32.

wenn er vom Gläubiger belangt wird, gegen dessen Forderung aufrechnen kann, auch mit einer Forderung, die dem Hauptschuldner gegen den Gläubiger zusteht.

Wie immer im römischen Recht, wird auch hier dem Bürgen eine außerordentliche Sicherheit und Machtbefugnis eingeräumt; er kann über Vermögenswerte des Hauptschuldners verfügen. Nach römischem Recht bewirkt also die Aufrechnungslage für den Bürgen das Recht, mit einer Forderung des Hauptschuldners aufzurechnen.

II. Ganz anders ist diese Frage im BGB. geregelt. § 770 Abs. 2 BGB. bestimmt: „Die gleiche Befugnis (d. h. das Recht, die Befriedigung des Gläubigers zu verweigern) hat der Bürge, solange sich der Gläubiger durch Aufrechnung gegen eine fällige Forderung des Hauptschuldners befriedigen kann".

Klar und deutlich heißt es im Gesetz: „Solange sich der Gläubiger durch Aufrechnung befriedigen kann". Demgegenüber ist es sonderbar, wie eine Anzahl von Schriftstellern diesen Paragraphen umdeuten.

Dernburg[1]) nimmt an, daß der Bürge diese Einrede auch dann habe, wenn nur der Hauptschuldner aufrechnungsberechtigt sei, ohne jedoch einen Grund für diese dem Gesetz direkt widersprechende Ansicht anzugeben. Dieselbe Meinung vertritt auch Windscheid-Kipp[2]) mit der Begründung, daß die Protokolle der Kommission[3]) sagen: „Es ist daran festzuhalten, daß der Bürge sich nur auf ein Verhältnis berufen dürfe, welches auch der Hauptschuldner würde geltend machen können". Dagegen ist einzuwenden, daß die Protokolle unmaßgeblich sind, wenn das Gesetz in klaren Worten gesprochen hat.

Weißmann[4]) tut dem Gesetz noch mehr Gewalt an, wenn er ohne nähere Begründung behauptet, der Bürge habe das Leistungsverweigerungsrecht nur dann, wenn der Hauptschuldner ein Aufrechnungsrecht habe. Die Unhaltbarkeit dieser

[1]) Dernburg, Bürgerl. R. Bd. 2 S. 287.
[2]) Windscheid-Kipp S. 477.
[3]) Prot. der 2. Kommission S. 2519.
[4]) Weißmann, Zeitschr. f. d. Zivilpr. Bd. 26 S. 41.

Ansicht leuchtet sofort ein. Nichts kann den Hauptschuldner hindern, seine Forderung zu zedieren, sich damit also seines Aufrechnungsrechtes zu begeben und damit das Leistungsverweigerungsrecht des Bürgen illusorisch zu machen.

Kohler[1]) endlich ist mit der durch das Gesetz erfolgten Regelung unzufrieden, wenn er sagt: „Man fragt vergebens nach dem inneren Grund einer solchen Bestimmung".

Und doch ist der Gesetzgeber den richtigen Weg gegangen, und der innere Grund, den Kohler vermißt, ist im § 770 Abs. 2 BGB. tatsächlich vorhanden.

Es liegt im Wesen der Bürgschaft, dem Gläubiger für seine Forderung Sicherheit zu geben; der Bürge kann daher nur dann in Anspruch genommen werden, wenn die Forderung des Gläubigers wirklich unsicher ist.

Unsicher ist sie so lange nicht, als nicht die Zwangsvollstreckung ohne Erfolg gegen den Hauptschuldner versucht worden ist. Daher gibt das Gesetz dem Bürgen solange die Einrede der Vorausklage.

Unsicher ist die Forderung des Gläubigers weiterhin so lange nicht, als ihm für seine Forderung ein dingliches Recht an einem Gegenstande des Hauptschuldners zusteht. Daher bestimmt das Gesetz[2]): „Steht dem Gläubiger ein Pfandrecht an einer beweglichen Sache des Hauptschuldners zu, so muß er auch aus dieser Sache Befriedigung suchen".

Wir haben nun im § 10 V das Aufrechnungsrecht als ein Recht kennen gelernt, welches eine Sicherung des Gläubigers für seine Forderung bezweckt. Solange der Gläubiger ein Aufrechnungsrecht hat, ist er gesichert.

Wie wir nun gesehen haben, darf der Bürge nur dann in Anspruch genommen werden, solange der Gläubiger für seine Forderung nicht gesichert ist. Folglich kann der Bürge die Leistung verweigern, solange dem Gläubiger für seine Forderung eine solche Sicherung in Gestalt eines Aufrechnungsrechtes gegeben ist.

---

[1]) Kohler, Zeitschr. f. d. Zivilpr. Bd. 24 S. 12.

[2]) § 772 Abs. 2 BGB.

Und damit haben wir den „inneren Grund“ des § 770 Abs. 2 BGB., der aus diesem Grunde heraus vernünftig und zweckentsprechend ist und von dem Kohler[1]) wohl mit Unrecht sagt, er „gehöre nicht zu den Ruhmestiteln unseres Gesetzbuches“.

Wir sehen also, nach heutigem Recht bewirkt die Aufrechnungslage für den Bürgen ein Leistungsverweigerungsrecht, solange dem Gläubiger ein Aufrechnungsrecht zusteht.

Schluß.

Wird man nun auf Grund der vorstehenden Ausführungen der Aufrechnungslage als solcher jegliche Rechtswirkung absprechen müssen? Oder sind solche Rechtswirkungen vorhanden? Und welcher Natur sind sie?

Zunächst müssen als Wirkungen der Aufrechnungslage ausscheiden die in den §§ 13, 14 dargestellten Erscheinungen; denn sie sind nicht so sehr eine Folge der Aufrechnungslage als vielmehr eine Folge des Zusammentreffens der Aufrechnungslage mit anderen Rechtsinstituten (der Zession, der Bürgschaft), durch deren besondere Eigenart sie bedingt sind.

Auf dem Gebiete des Privatrechts bewirkt die Aufrechnungslage ein durch Parteivereinbarung ausschließbares Aufrechnungsrecht. Dieses Recht ist ein Recht des rechtlichen Könnens. Durch dasselbe werden die Forderungen weder in ihrem Bestande noch in ihrer Klagbarkeit angetastet. Aber die Geltendmachung der gesamten Forderung ohne Berücksichtigung der Gegenforderung verstößt nach beiden Rechten gegen Treu und Glauben. Daher treffen den, der seine Forderung ohne Berücksichtigung der Gegenforderung einklagt, die Prozeßkosten, falls

---

[1]) Kohler a. a. O.

der Beklagte sofort im Prozesse die Aufrechnung erklärt. Insoweit entspricht dem Aufrechnungsrecht eine Pflicht, sich schon außerhalb des Prozesses durch Aufrechnung zu befriedigen.

Prozessualisch stellt sich das Aufrechnungsrecht als eine Einrede dar. Privatrechtlich läßt es sich weder unter den Begriff der Anfechtung noch den der Einrede bringen; das Aufrechnungsrecht ist ein Recht sui generis.

Spezialdruckerei für Dissertationen, Robert Noske, Borna-Leipzig.

Lebenslauf.

Ich, Curt Bromberg, bin geboren am 14. Juni 1886 zu Liegnitz als Sohn des Kaufmanns J. Bromberg und seiner Ehefrau Hedwig geb. Bloch. Ich bin mosaischer Religion und preußischer Staatsangehöriger.

Ich besuchte das Gymnasium in Liegnitz, welches ich Ostern 1904 mit dem Zeugnis der Reife verließ. Darauf studierte ich sechs Semester die Rechts- und Staatswissenschaften an den Universitäten Freiburg i. B. (1 S.), Berlin (3 S.) und Breslau (2 S.). Anfang Juni 1907 bestand ich die erste juristische Staatsprüfung und im selben Monat das mündliche Doktorexamen in Breslau. Zurzeit bin ich bei der Staatsanwaltschaft am Landgericht in Liegnitz tätig.